



"Les conflits de lois en matière de statut personnel au Burundi, au Rwanda et au Zaïre"

Nyamoya, François

NA	Abstract

Document type : *Thèse (Dissertation)*

Référence bibliographique

Nyamoya, François. *Les conflits de lois en matière de statut personnel au Burundi, au Rwanda et au Zaïre*. Prom. : Verwilghen, Michel

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIERE
DE STATUT PERSONNEL
AU BURUNDI, AU RWANDA ET AU ZAIRE

UNIVERSITE CATHOLIQUE
DE LOUVAIN - LA - BELGIQUE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

Directeur de Thèse :
Michel VERWILGHEN

Thèse présentée par
NYAMOYA François
en vue de l'obtention
du titre de Docteur en droit

50765
504
14/m/90

REMERCIEMENTS

A l'occasion de la présentation de ce travail, nous tenons à remercier notre famille pour son soutien constant et réconfortant.

Nous présentons également nos sentiments de reconnaissance au professeur Michel VERWILGHEN, notre Directeur de Thèse, pour sa pleine disponibilité tout au long de nos recherches.

A tous ceux qui ont pris à coeur de favoriser nos recherches, en particulier l'Université du Burundi, le Ministère de l'enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique du Burundi, l'Université Catholique de Louvain (L.L.N.), nous exprimons notre profonde gratitude.

SOMMAIRE

	<u>PAGES</u>
<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE : GENERALITES</u>	7
<u>CHAPITRE I - LE CADRE PHYSIQUE ET HUMAIN</u>	10
Section I : Aperçu géographique	12
Section II : Aperçu historique	15
<u>CHAPITRE II - LES REGLES GENERALES DE</u> <u>CONFLITS DE LOIS EN MATIERE</u> <u>DE STATUT PERSONNEL</u>	42
Section I : Les conflits internes	44
Section II : Les conflits internationaux	59
Section III : Le procédé de la règle de rattachement comme méthode traditionnelle de solution des conflits de lois	62
<u>DEUXIEME PARTIE : LES REGLES SPECIALES DE DROIT</u> <u>INTERNATIONAL PRIVE DES PAYS</u> <u>DES GRANDS LACS EN MATIERE</u> <u>DE STATUT PERSONNEL</u>	67
<u>CHAPITRE I - L'IDENTIFICATION DES PERSONNES</u>	70
Section I : Le nom	72
Section II : Le domicile	92

Le statut personnel en Afrique ayant subi le choc des idées européennes, il résulte actuellement d'une combinaison d'éléments de droit occidental et des droits traditionnels. C'est pour comprendre cette nature des systèmes juridiques étudiés que la première partie est consacrée au contexte historique de leur évolution. De la sorte, on réalise les difficultés d'une application du droit africain, à la lumière des règles de conflit de lois héritées du Code civil précolonial de 1895. Cette question est abordée pour rappeler le caractère désuet de ce dernier. Occasion aussi d'affirmer que toute nouvelle approche doit prendre en compte ce mariage entre droits coutumiers et droits modernes, par rapport à une réalité socio-juridique concrète mais aussi à l'environnement international.

Les règles de conflit de lois en vigueur, influencées par le Code Napoléon, n'épousent pas en toute occasion l'évolution du droit comparé. Devenues archaïques, elles appellent de ce fait soit une adaptation, soit une modification, en relation avec le modèle hybride des droits étudiés et la transformation des mentalités.

Partant de ce constat, la seconde partie examine les règles spéciales de droit international privé applicables à l'identification des personnes, au mariage, au divorce et à la filiation. Certes, il eut été intéressant d'y ajouter le droit des successions, mais ce domaine du droit patrimonial contient tant de spécificités de droit interne qu'il est apparu impossible, dans le cadre de cette étude, d'en épuiser toute la réflexion. Au demeurant, si le Zaïre vient de légiférer en la matière, le Burundi et le Rwanda sont soumis à l'empire des droits coutumiers. Or, face aux

impératifs du progrès social et du développement, les tribunaux sont amenés à jouer un rôle important pour conformer le droit traditionnel aux nécessités actuelles, de sorte que le sujet est en constante évolution. Il devient alors difficile de circonscrire une discipline qui, plus que d'autres, n'en finit pas d'être bousculée par la jurisprudence.

L'identification des personnes retient l'attention surtout par la place qu'occupe le nom africain dans la problématique du droit international privé. Il s'agit d'étudier les solutions possibles aux conflits de lois, eu égard à la nature propre des droits africains. S'il est vrai que la matière n'exige pas une rectification fondamentale des règles en vigueur, celles-ci doivent cependant être étudiées par rapport au lien étroit qui existe entre le nom et la personnalité. Quant au domicile, il sera évoqué pour stigmatiser les inconvénients qui, au Burundi et au Zaïre, notamment, tiennent pour l'essentiel à sa définition. Floue et imprécise, elle ne permet pas d'assurer une réelle sécurité aux institutions familiales. D'où la nécessité d'opter pour un autre facteur de rattachement.

Par ses particularités locales, le mariage requiert incontestablement un réexamen des règles de conflit de lois. Celles-ci sont parfois techniquement impossible à mettre en oeuvre, ou heurtent des principes fondamentaux tels que la liberté et le droit au mariage, notamment lorsqu'on examine l'institution de la dot à la lumière du phénomène international. De même, il ne saurait être question d'ignorer l'évolution des mœurs qui a introduit une innovation dans les rapports entre époux:

l'égalité des sexes. Parce que celle-ci est aujourd'hui pleinement affirmée en Afrique centrale, il est anormal d'appliquer des règles de conflit qui, en d'autres temps, résultaient d'une vision inégale des relations entre conjoints.

La transformation des mentalités impose également un regard différent sur le *concubinage* qui, s'il n'est pas légalement reconnu par la plupart des Etats, n'en pose pas moins des problèmes de droit. Peut-on lui reconnaître des effets juridiques? Quelles solutions apporter aux conflits nés de la rupture de l'union de fait entre partenaires de nationalités différentes? Ici l'on touche au concept même de la famille, et de l'opinion que l'on s'en fait dépend la réponse aux deux questions.

En matière de *divorce* transparaît le caractère essentiellement conciliateur du droit africain. Cela se traduit notamment par le fait que la notion de "cause" de divorce, au sens habituel du terme est soit inconnue, comme en droit coutumier rwandais et en droit zaïrois, soit, tel en droit burundais, délibérément ignorée par la pratique jurisprudentielle alors qu'elle est prévue par la législation. La seule véritable "cause" de la rupture du mariage, c'est le constat de l'impossibilité pour les époux de continuer la vie en commun. Il existe dès lors une totale incompatibilité entre la conception africaine du droit du divorce et les règles classiques de conflit de lois.

Dans le chapitre consacré à la *filiation biologique*, nous entendons observer que les règles traditionnelles de conflit de lois reposent sur la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle. Cette différenciation n'existe pourtant pas comme telle dans les droits africains. Quant à la *filiation adoptive*, comprise comme procédure juridique d'attribution d'un enfant à une personne adulte, il s'agit d'un phénomène récent en Afrique. Il est vrai que depuis peu les législations se rapprochent des concepts occidentaux, mais l'idée demeure que l'adoption consiste d'abord à donner une famille à un enfant. Du reste, le principe selon lequel ce dernier constitue le centre de gravité de toute relation de filiation, quelque soit les circonstances de sa naissance, prend de plus en plus d'importance.

Nous terminerons cette étude par une conclusion qui en dégage les principaux enseignements et qui souligne l'intérêt de réformer, en matière de statut personnel, les règles de conflit de lois en vigueur dans les trois pays.

Cette étude propose d'adapter le droit international privé africain à la spécificité des droits internes analysés, tout en l'intégrant dans la perspective d'une "société internationale". Celle-ci est attestée notamment par la présence de principes juridiques à vocation universelle, tels l'égalité juridique des sexes, l'affirmation des droits de l'enfant, ou la garantie des droits intrinsèques de l'homme, exprimés entre autres dans diverses conventions internationales. Autant que la doctrine européenne contemporaine, celles-ci constitueront d'ailleurs pour nous une appréciable

source d'inspiration. Cette démarche semblerait à *priori* contradictoire avec l'affirmation de la spécificité des droits africains mais, comme l'évoque un auteur (1), cet apparent paradoxe illustre surtout "la difficulté réelle de la pratique d'un droit hérité pour l'essentiel d'une partie du monde (l'occident), dans une société internationale devenue à tous les sens du terme véritablement universelle".

Il convient en effet de retenir ce fait majeur que l'insertion de valeurs morales et d'impératifs éthiques, dans l'expression du droit international d'après guerre, a introduit dans les instruments juridiques internationaux des principes juridiques à vocation universelle(2). Dès lors que le soutien de l'identité du droit africain est assorti d'un appel "à des valeurs universelles que tous les peuples, quel que soit leur niveau de développement ou leur histoire, se doivent de reconnaître et de promouvoir", il importe peu que la formulation de ce droit international ait été dominée par la doctrine occidentale: ce n'est plus l'invocation de la différence, mais aussi et conjointement la référence à l'universalité de certaines valeurs (3) qui devrait servir de fondement à de nouvelles propositions (4).

(1) DUPUY (Pierre-Marie), "le droit international dans un monde pluriculturel", in Revue internationale de droit comparé, n°2, 1986, p.583

(2) *ibidem*, p.586

(3) *ibidem*, p.593

(4) v. aussi FRANCESKAKIS (Phocion), "Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante", in Recueil des cours de l'Académie de droit international, II, 1964, p.275

PREMIERE PARTIE

GENERALITES

"Le droit est un merveilleux instrument de cohésion sociale. Mais il n'a pas de sens s'il ne se préoccupe pas de l'homme.

On ne peut pas imposer les règles de droit si le milieu n'est pas apte à les recevoir".

Michel AURILLAC

Jeune Afrique, n°1319

16 avril 1986, p.56

Nous proposons de montrer que les règles de conflit de lois des pays étudiés, devenues archaïques, devraient être remplacées par d'autres solutions. Il nous semble donc important de consacrer une première partie de l'étude à la présentation du système juridique de ces Etats. Nous examinerons, tout d'abord, le cadre physique et humain. Un bref aperçu historique permettra ensuite de comprendre les similitudes dans la régulation du droit dans les Etats des grands Lacs. Nous pourrons alors évoquer la problématique des conflits de lois à la lumière du contenu spécifique des droits étudiés.

CHAPITRE I

LE CADRE PHYSIQUE ET HUMAIN

Les droits des pays des Grands Lacs ont une histoire commune et particulière, héritage de la colonisation.

Le Rwanda comme naguère ses deux voisins(1), connaît dans le domaine du statut personnel, un dualisme juridique susceptible de compliquer, pour le juriste étranger, la compréhension de cette matière. Le droit coutumier et le Code Civil Livre Premier (2), d'inspiration Napoléonienne, ont en effet tous deux vocation à régir les ressortissants rwandais. Si ceux-ci sont, en principe, soumis à leur coutume, le Code Civil peut, à titre subsidiaire, leur être appliqué lorsque celle-ci présente des lacunes ou porte atteinte à l'ordre public interne du Rwanda.

(1) Le Burundi a uniformisé le droit des personnes et de la famille depuis 1980. V. décret-loi n°1/1 du 15 janvier 1980 portant Code des personnes et de la famille, B.O.B., 1980, p.3. Quant au Zaïre, une nouvelle législation est entrée en vigueur depuis le 1er août 1988. V. Loi n°87-010 portant Code de la famille, J.O. 28e année, n° spécial, août 1987.

(2) Il s'agit en l'occurrence, du Code Civil Congolais du 4 mai 1895 (avec ses modifications ultérieures), rendu applicable au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°34/Just. du 25 août 1936 (B.O.R.U., p.116). L'article 459 du nouveau Code civil rwandais (loi du 27 octobre 1988) précise que celui-ci entrera en vigueur à une date ultérieure déterminée par le Président de la République. Ainsi jusqu'à cette date, le décret du 4 mai 1895 relatif au Code civil, livre premier, reste en application.

Malgré les nouvelles législations dans les trois pays, les divergences suscitées par les récentes codifications n'entament pas entièrement le fond commun juridique, héritage du droit d'origine européenne et des droits coutumiers.

Pourtant, certaines règles de conflit de lois, considérées comme établies, ne sont pas toujours adéquates eu égard aux réalités socio-juridiques des trois pays. Pourquoi, dès lors, ne pas imaginer à travers les fondements philosophiques de leurs institutions, d'autres formules? Il est donc utile de consacrer un chapitre à dénouer les subtilités de cette ambiguïté juridique. La lecture de la seconde partie de cette étude sera alors plus aisée. Tel est l'objet des deux sections consacrées respectivement à situer l'aire géographique qui nous occupe et à clarifier au mieux l'état des systèmes juridiques étudiés.

SECTION I: APERCU GEOGRAPHIQUE

§1- Données objectives

Les pays des Grands Lacs sur lesquels porte cette étude sont le Burundi, le Rwanda et le Zaïre. Ils font partie de la région centrale de l'Afrique.

A. Le Burundi

D'une superficie de 27. 834 km², le Burundi compte une population de 4. 700. 000 habitants (1), composée de trois "ethnies" (2): les *Hutu*, les *Tutsi* et les *Twa*, dont le *kirundi* constitue la langue commune. La majorité de la population pratique des religions chrétiennes tandis que l'Islam est faiblement représenté. Il partage ses frontières avec le Rwanda (au nord), la Tanzanie (à l'Est et au Sud) ainsi que le Zaïre (Ouest)

(1) Sources: Banque Mondiale. Atlas 1987 (données de 1985).

(2) A défaut d'un terme adéquat conforme à la réalité du burundi et du Rwanda, nous utilisons le mot "ethnie" avec toutes les réserves qui s'imposent. Les Hutu, les Tutsi et les Twa ne se distinguent en effet, ni par la langue, ni par la culture, ni par l'histoire, ni par l'espace géographique occupé. Il est donc difficile de parler d'"ethnies" ou de "tribus" dans le cas du Burundi et du Rwanda. V. MWOROHA (Emile), Peuples et rois de l'Afrique des Grands Lacs. Le Burundi et les royaumes voisins au XIXe siècle. Les nouvelles Editions Africaines, Dakar-Abidjan, 1977, p.28; CHRETIEN (Jean-pierre), "Hutu et Tutsi au Rwanda et au Burundi". in Au coeur de l'ethnie, ethnies, tribalisme et Etat en Afrique, sous la direction de AMSELLE (Jean-Loup) et M'BOKOLO (Elikia). Edition de la Découverte, Paris, 1985, p. 129 et s.; VIDAL (Claudine), "Situations ethniques au Rwanda", in Au coeur de l'ethnie, ethnies, tribalisme et Etat en Afrique, *op cit.* , p.167 et s.

B. le Rwanda

Le Rwanda s'étend sur 26. 338 km². Sa population, évaluée à 6.000. 000 d'habitants(1) se subdivise comme au Burundi, en *Hutu*, *Tutsi* et *Twa*. Cette population, en majorité chrétienne, parle une même langue; le *Kinyarwanda* (2). Pays enclavé au coeur de l'Afrique, les frontières du Rwanda donnent sur l'Ouganda(Nord), la Tanzanie (Est), le Burundi (Sud) et le Zaïre (Ouest).

C. Le Zaïre

Avec une superficie de 2. 345. 409 km², le Zaïre s'ouvre à l'Ouest sur l'Atlantique par un étroit couloir. Il partage ses frontières terrestres avec le Congo (Nord-Ouest), la République Centrafricaine (Nord), le Soudan (Nord-Est), l'Ouganda, le Rwanda, le Burundi et la Tanzanie à l'Est, ainsi que la Zambie (Sud) et l'Angola (Sud-Ouest). Sa population estimée à 30. 600. 000 habitants (1), compte environs 250 groupes ethniques dont les plus nombreux sont les *Bakongo* (Bas-Zaïre), les *Mongo* et les *Azandé* (Cuvette Zaïroise), les *Luba* (Nord du Kasai et au Nord du Shaba) et les *Lunda* au Shaba.

(1) Sources: Banque Mondiale, *op cit*.

(2) le *Kirundi* et le *Kinyarwanda* sont en fait deux langues soeurs. Elles sont si semblables que *Barundi* et *Banyarwanda* (Rwandais) se parlent et se comprennent sans qu'il y ait besoin d'interprètes.

Cette diversité engendre, contrairement aux deux autres Etats, une multiplicité de langues dont les plus importantes sont le *Swahili* (régions Est et Shaba), le *Lingala* (Equateur et Kinshasa), le *Kikongo* (Bandundu et Bas-Zaïre) et le *Tshiluba* (Kasaï). La moitié de la population est chrétienne, tandis que l'autre moitié pratique des religions traditionnelles. Les musulmans, minoritaires, se retrouvent surtout dans la région orientale.

§2- Bref commentaire

Ces données géographiques traduisent une certaine interaction entre structure politique, environnement culturel et système juridique. Etats-Nations, bien avant la pénétration coloniale, le Burundi et le Rwanda avaient créé, chacun dans son espace territorial, un cadre juridique homogène. Ces pays, à la différence de certains autres, notamment le Zaïre, n'ont pas été des créations Allemande(1) ou Belge. Comme le souligne l'Abbé Kagame(2), ce ne fut pas le colonisateur qui en rassembla les différentes zones en de nouvelles unités politiques composites, auxquelles

(1) Le Rwanda et le Burundi firent partie du protectorat de l'Est-Africain Allemand de 1898 à 1919. Pendant l'occupation et jusqu'en 1962, les deux Etats étaient désignés sous les noms de "*Ruanda*" et "*Urundi*". Avec l'indépendance, ils ont repris leurs noms authentiques, *Rwanda* et *Burundi*.

(2) KAGAME (Alexis), Un abrégé de l'histoire du Rwanda de 1853 à 1972 Tome II, Université Nationale du Rwanda, 1975, p. 425-430.

il aurait imposé des noms de son invention. Il a trouvé ces Etats tels quels, sous leurs noms *Rwanda* et *Burundi* . Cependant le colonisateur, par sa présence, a introduit une nouvelle donnée dans l'évolution des sociétés traditionnelles, contribuant ainsi à la naissance d'un système juridique hybride. C'est ce que rappelle brièvement la seconde section de ce chapitre.

SECTION II: APERCU HISTORIQUE

Si l'on trouve aujourd'hui plus de points communs que de divergences dans les droits écrits, et même à des degrés divers un fondement philosophique identique à certaines institutions coutumières, les difficultés apparaissent lorsqu'on aborde la matière du droit international privé. Non que les règles de conflit de lois contenues dans les législations diffèrent profondément d'un Etat à l'autre, mais parce que les données du problème de droit posé peuvent varier selon le pays, en raison justement de la nature des droits internes.

Conséquence de l'organisation politique et sociale traditionnelle, le Burundi et le Rwanda ont hérité chacun d'un ordre juridique coutumier homogène, interdisant les conflits coutumiers internes. Par contre, au Zaïre, ces conflits furent possibles, l'ordre juridique ayant été caractérisé par un pluralisme de systèmes de droits coutumiers. Résultat de la politique coloniale axée sur l'administration indirecte des territoires

occupés, le principe du respect des institutions africaines a justifié la consécration de la coutume, comme source principale de droit, en matière de statut personnel. Cependant la volonté du colonisateur de rapprocher, autant que possible, les droits coutumiers des concepts plus conformes à la philosophie occidentale, s'est traduite par des restrictions dans l'application de ces droits, eu égard à l'ordre public colonial. En outre, les lacunes que pouvaient accuser les droits traditionnels devaient être comblées par les principes généraux de droit(1) inspirés par la métropole. Le Code Civil de 1895 a ainsi été appelé à jouer ce rôle.

De cette structure dualiste de l'ancien ordre juridique burundais et zaïrois comme du Rwanda actuel (2), certains auteurs ont cru déceler l'éventualité de conflits entre droit écrit et droit coutumier. Si paradoxal que cela puisse paraître, tel n'est pas le cas, car il n'existe pas de concours législatif résultant de la confrontation, pour une institution juridique déterminée entre une règle coutumière et une règle écrite. Le problème se pose aujourd'hui en terme de hiérarchisation des sources de droit, en l'occurrence le droit coutumier rwandais et le Code Civil de 1895. Pour mieux appréhender cette réalité juridique, il convient de la situer par rapport à son contexte historique.

(1) V. Ordonnance Congolaise du 14 mai 1886, rendue exécutoire au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°11/82 du 21 juin 1949, B.O.R.U. 1950, p.195.

(2) Ce problème ne se pose plus au Burundi depuis 1980. Ni au Zaïre depuis le 1er août 1988. Il restera d'actualité au Rwanda aussi longtemps que la loi du 27 octobre 1988 n'est pas en application.

§1- L'impact des sociétés traditionnelles sur la nature des systèmes juridiques

A. L'organisation politique(1): la raison d'un modèle juridique

Le cadre politique actuel des pays des Grands Lacs n'est pas identique, on s'en doute, à celui qui a prévalu pendant la période pré coloniale . Si certaines sociétés en étaient arrivées à construire de grands royaumes, d'autres, par contre, n'avaient pas encore pu développer des structures étatiques solides. C'est particulièrement entre les marécages du Haut-Nil, la forêt du Bassin du Congo et les steppes d'Afrique Orientale, que se sont construits de grands Etats dont la cohésion et la complexité de l'organisation politique et administrative a "surpris" les premiers voyageurs européens(2). Il s'y était érigé des monarchies sacrées dont il est difficile de situer avec exactitude le moment de leur apparition. Ces royaumes tiraient leur force du fait qu'ils avaient su "se forger sans cesse des instruments de pouvoir important, en particulier l'organisation des forces armées, le contrôle des moyens de production (la terre), la récupération des systèmes socio-économiques, d'échange et l'emploi de moyens nouveaux"(3).

(1) Pour une étude plus approfondie de cette matière, v. la bibliographie recueillie par Louis DE CLERCK in Répertoire général de droit coutumier du Rwanda et du Burundi, S.L., 1972, non paginé, dactylographié.

(2) MWOROHA (Emile), *op cit.*, Préface de Yves PERSON.

(3) *ibidem*, p.251-252.

Les alliances claniques et matrimoniales, les liens de dépendance ou la fidélité entre sujets et gouvernants, l'association entre le pouvoir et les confréries religieuses, constituaient une forme de gestion permettant un enracinement de l'Etat(1).

Sur le plan juridique, la différence entre le Zaïre et ses deux voisins ne réside pas tant dans la nature de ces monarchies, mais dans le fait que le Rwanda et le Burundi sont entrés dans l'ère coloniale sans modifications sensibles de leurs structures, alors que le Zaïre actuel résulte de l'unification, par la volonté du colonisateur, des divers royaumes et sociétés qui le composaient(2). Dans les deux cas, l'organisation juridique ultérieure s'en est ressentie: les deux premiers Etats ont gardé, chacun, un ordre juridique coutumier homogène, tandis que le pluralisme de systèmes traditionnels devenait la règle dans la nouvelle entité zaïroise.

B. L'organisation juridique

Le système juridique précolonial constituait, pour ainsi dire, le reflet de l'environnement politique traditionnel des peuples et nations des Grands Lacs. L'appareil judiciaire était tantôt assez simple dans son fonctionnement, tantôt assez complexe, suivant les modèles socio-politique

(1) MWOROHA (Emile), *op cit*;

(2) Il ne s'agissait pas toujours d'une intégration pure et simple de ces royaumes dans la nouvelle entité coloniale. Ainsi, par exemple, l'ancien royaume du *Kongo* s'étendait en fait du Bas-Zaïre à l'Angola septentrional et sur une partie de la République Populaire du Congo, qui, entre temps étaient devenus respectivement possessions Portugaise et Française.

en vigueur dans cette région. Dans les sociétés à système administratif très structuré et fortement hiérarchisé, existaient des organes juridictionnels différenciés. Tel fut le cas du Burundi qui avait cinq ressorts correspondants à l'articulation des pouvoirs: le tribunal familial (*Urubanza ry'umuryango*), dont les arbitres provenaient du lignage mineur; le tribunal de colline (*Urubanza rwo ku mugina*) présidé par un notable élu; le tribunal du délégué du chef (*cahiro*); le tribunal du chef (*sentare*) et enfin le tribunal du roi (*ururimbi*)(1). La compétence de chaque tribunal dépendait de l'importance et de la gravité du litige. Tous les jugements étaient susceptibles d'appel, exceptés ceux rendus par le *Mwami* (roi)(2). Le Rwanda jouissait d'un régime similaire. "Du simple chef de famille jusqu'au *Mwami*, en passant tous les échelons (...), chaque personne investie à un degré quelconque de l'autorité familiale ou politique avait le pouvoir de trancher les différends pouvant surgir entre personnes de sa juridiction et imposer des punitions"(3). Cette structure hiérarchique de l'appareil judiciaire se retrouvait également, à quelques nuances près, dans les royaumes voisins. Ce ne fut pas le cas dans les sociétés faiblement structurées, où les organes juridictionnels étaient moins

(1) V. MWOROHA (Emile), *op cit.* p.193

(2) "*Umwami*" fut le titre que porta les souverains du Burundi, du Rwanda et de la région Est du Zaïre (*Kivu*). Au pluriel, se dit "*Abami*". Chef suprême, le *Mwami* était au Rwanda et au Burundi, l'arbitre de dernière instance. Il présidait, à la capitale, une sorte de tribunal de cassation, avec l'aide de juges recrutés en milieu populaire. En principe, toutes les contestations importantes pouvaient être portées devant lui. V. MWOROHA (Emile), *op cit.* p.143.

(3) RUTEMBESA (Faustin), "Les autorités indigènes dans la pratique coloniale belge au Rwanda de 1916 à 1925." *Cahiers d'Histoire*. Université du Burundi. Faculté des lettres et Sciences Humaines, avril 1983, p.6-7.

démarqués. Les litiges les plus graves relevaient, non pas de l'autorité suprême, mais du conseil des anciens, garant de l'ordre social, à la fois législateur et juge(1).

Au-delà de ces divergences dues à la complexité de l'organisation politique et sociale, il est possible de déceler, comme l'a fait le professeur Gonidec(2), des caractères communs à la nature des droits africains:

- 1) Avant l'occupation coloniale, les règles de droit étaient d'essence coutumière, tant celles qui organisaient la vie publique et les structures étatiques, tribales ou claniques, que celles qui réglaient la vie privée des habitants. Non écrites et transmises oralement, elles régissaient l'ensemble de la vie sociale, la population les ressentait et les reconnaissait comme normes impératives, non seulement parce qu'elles s'étaient imposées par le temps, mais aussi parce que considérées comme des usages "que les ancêtres ont modulés et rendus obligatoires"(3).

(1) GONIDEC (P. F.), Les droits africains: Evolution et sources, Tome 1, LGDJ, Paris, 1968, p. 194.

(2) *ibidem*, p.11-17.

(3) ROUHETTE (Annie), "Le rôle des coutumes dans les droits des personnes". Annales de l'Université de Madagascar. Faculté de Droit et des Sciences Economiques. Editions Cujas, Paris, 1965, p.35.

- 2) Le commerce juridique était marqué par la civilisation agraire comme dans la plupart des sociétés africaines (Zaïre), ou par une civilisation agro-pastorale au Burundi, au Rwanda et dans certains royaumes interlacustres, de sorte que les règles de droit s'établissaient et évoluaient en fonction des activités économiques.

- 3) Les droits africains s'orientaient vers la défense des intérêts du groupe. Chaque personne faisait partie de l'ensemble du corps social et ne pouvait s'en détacher. Particuliers et collectivités se complétaient. Le groupe ne formait pas une entité abstraite, pas plus que la personne n'existait, en réalité, de manière autonome. Ils étaient l'un et l'autre, l'un par l'autre; il y avait d'un côté les droits des groupes en tant que ses membres le constituaient; de l'autre, des individus qui tenaient leurs droits de leur appartenance au groupe(1). Pour être tenus en compte, les droits propres à chacun devaient s'inscrire dans cette optique, sans mettre en cause l'harmonie sociale.

- 4) La religion jouait un rôle important. Elle imprégnait les droits africains, mais il restait toujours difficile de faire la part du domaine proprement juridique, de ce qui était moral ou religieux. Parfois, le simple respect des règles morales, l'accomplissement

(1) VERDIER (Raymond), "Féodalités et collectivisme africain", Présence africaine, 4ème trimestre 1961, p.79-100.

des formalités rituelles produisaient des effets de droit(1).

- 5) Les droits africains se distinguaient par leur caractère essentiellement conciliateur et non-répressif. S'il est exact qu'un manquement grave à certaines normes coutumières pouvait engendrer des sanctions sévères (peine de mort, bannissement, ...), il n'en reste pas moins vrai que le juge africain était beaucoup plus préoccupé par le maintien de l'équilibre du groupe que par la recherche de règles de droit préétablies, applicables au cas concret.

Les premiers auteurs européens observateurs de l'Afrique ne paraissaient pas toujours avoir été sensibles à ce mode de régulation du droit africain. Prisonniers d'une analyse occidentale classique observée dans une perspective "rationnelle"(2), ils tiraient de leurs études des conclusions qui faussaient parfois la réalité des droits africains. Ainsi, l'on peut lire dans une encyclopédie de droit colonial belge (3), que "même lorsque le bon vouloir des indigènes est réel, leur manque d'esprit de systématisation leur permet rarement de dégager de façon précise les règles et de les énoncer".

(1) ROUHETTE (Annie), *op cit.* p.36

(2) CONAC (Gérard), Dynamique et finalité des droits africains, Paris, Economica, 1980, p.VIII

(3) Les Nouvelles, Droit Colonial, Tome III, p.630.

Manifestement, cette affirmation gratuite fut écrite par un juriste occidental ignorant que le droit africain, inséparable de l'idée de devoir, basait rarement la revendication légitime sur une règle préétablie(1), et que la "justice en Afrique, c'était la conciliation et non pas un conflit d'intérêts qu'un juge autoritaire devait trancher"(2).

La vision de cet auteur belge fut largement partagée par d'autres africanistes européens. Confortée ainsi dans la justesse de leurs analyses, l'administration belge entrepris de faire "évoluer" les droits traditionnels. Concrètement, certaines matières de droit coutumier, tels que le droit public et le droit pénal, furent supplantées par le droit écrit. A l'égard du statut personnel, le législateur colonial adopta une attitude pour le moins paradoxale. D'une part, il affirma le respect des institutions traditionnelles dans le cadre de l'administration indirecte, ce qui, théoriquement, devait laisser une place au droit coutumier. D'autre

-
- (1) KEBA M'BAYE, "Le Droit africain: ses voies et ses vertus", in Revue Sénégalaise de Droit, n°7, mars 1970, p.8.
- (2) KALONGO MBIKAYI, "Le recours à l'authenticité et le droit zaïrois", R.J.Z., 1976, p.40. Cette conception de la justice reste encore vivace dans les moeurs africaines. En cas de conflit, les parties recourent souvent à l'arbitrage des sages pour tenter de trouver une solution à l'amiable, alors même qu'elles peuvent recourir aux textes légaux pour faire valoir leurs droits. Voir à ce propos J. VAN HOUTTE, REYNTJENS (Filip), BASOMINGERA (Alberto), "Litiges et besoins juridiques au Rwanda", R.J.R. VOL. V, n°2, 1er avril 1981, p.188-200. Nous verrons également, en abordant notamment la matière du divorce, que cette démarche est encore présente dans l'attitude des juges burundais, rwandais et zaïrois, v. *infra*. p.158.

part, soucieux d'insuffler une dynamique nouvelle aux droits africains, il institua un droit écrit considéré comme le modèle idéal, appelé à se substituer à la coutume, lorsque celle-ci s'avérait contraire à l'ordre public colonial. Cette politique allait fortement marquer, comme nous allons le voir, l'évolution du statut personnel, lui donnant ainsi ce caractère hybride, que connaissaient le Burundi et le Zaïre, et qui prévaut encore en droit rwandais, en attendant la mise en application de la loi du 27 octobre 1988.

§2- Evolution des droits coutumiers des personnes: influences coloniales
et survivances coutumières

Contrairement à une certaine opinion parfois répandue à tort, les coutumes africaines ne sont pas figées une fois pour toute. La grande stabilité du droit antécolonial ne signifiait pas immobilisme juridique. Au contraire, les règles de droit coutumier se sont souvent transformées au rythme des exigences nouvelles, sous l'influence de facteurs internes ou externes. Elles évoluaient essentiellement sous l'action des tribunaux et éventuellement sous celle des législateurs. Selon le professeur Conac, la coutume, au sens juridique du terme, n'était pas le seul mode de création du droit. Certains systèmes politiques de l'Afrique auraient connu l'élaboration des règles par la voie législative. Lorsqu'une autorité politique différenciée existait, elle pouvait être amenée à édicter, par voie orale, des règles de droit que l'on peut qualifier de législatives (1)

Dans le Burundi ancien, l'action du pouvoir législatif sur l'évolution de la coutume était cependant quasiment nulle. Théoriquement, le *Mwami* détenait le pouvoir suprême en matière exécutive et judiciaire.

(1) CONAC (Gérard), *op cit.*, p.XI.

En pratique, il ne pouvait pas prendre des mesures modifiant fondamentalement le droit coutumier. D'après le professeur Massinon "il n'existe pas d'exemple connu de disposition d'ordre général promulguée par le *Mwami* en vue de transformer une norme de droit privé tel que l'ordre des héritiers en matière de succession ou de régime d'appropriation des terres par les particuliers "(1).

En fait l'ensemble de la société participait à la fonction législative dans les matières de droit privé. La coutume y constituait l'oeuvre de la société globale et plus particulièrement, de ceux de ses membres - les *bashingantahe* - qu'elle élisait en raison de leur sagesse pour maintenir la paix entre les hommes. Le *Mwami* pouvait intervenir, non pas comme détenteur du pouvoir législatif, au stade initial, mais seulement au terme du processus, lorsque la norme élaborée par "le pouvoir législatif populaire" était consacrée par la jurisprudence du tribunal royal(2).

Dans les trois pays, le droit privé a connu dans l'ensemble un schéma identique: la norme coutumière évoluait en s'adaptant aux exigences du moment. La pratique nouvelle pénétrait la communauté, obtenait son consensus et finissait par être consacrée par la jurisprudence des juridictions les plus élevées(3).

-
- (1) MASSINON (René), Aspects de l'évolution historique du droit burundais, cours, Faculté de droit du Burundi, 1980, p.4-5, Multigraphié.
- (2) *ibidem*
- (3) MASSINON (René), *op cit.* p.5. LOBITSH (Léon), Le passé, le présent et l'avenir de la coutume congolaise dans l'intégration des droits, Mercuriale, Cour suprême de Justice de la République du Congo, p.14 et s.

Une des premières conséquences de l'action coloniale est que ce processus fut, dans une certaine mesure, inversé, puis supplanté par l'intervention directe de l'autorité belge. En raison de l'intégration des droits coutumiers dans l'ordre juridique colonial, ce sont les facteurs externes au milieu traditionnel, notamment les instructions de l'autorité coloniale dans l'administration de la justice, qui devenaient déterminantes dans l'évolution des droits coutumiers . Le transfert du pouvoir législatif suprême en matière coutumière à l'autorité coloniale permit, à travers la jurisprudence surtout, la pénétration des concepts métropolitains dans les droits coutumiers. Les décisions des tribunaux indigènes étaient en effet soumises au contrôle des tribunaux supérieurs, composés de juges européens.

A. L'influence extérieure sur le contenu des droits coutumiers:

l'action de l'administration belge(1)

Alors que la période qui précède l'occupation européenne connaissait une progression continue mais lente de la coutume(2), "les règles juridiques ayant la même stabilité que les peuples(3)", l'avènement de la colonisation allait accélérer le mouvement. Le conquérant intégra les droits dans son ordre juridique, ceux-ci n'y étant tolérés que dans la mesure où ils ne violaient pas les principes fondamentaux du dit ordre.

D'abord "Etat Indépendant" relevant de la souveraineté de Léopold II, Roi des belges, le Congo devenait à partir de 1908, une colonie belge. Jusqu'à la fin de la première guerre mondiale, le Rwanda et le Burundi firent, quant à eux, partie du protectorat de l'Est-Africain Allemand (1898-1919). Le 21 août 1919, le conseil suprême des puissances alliées donna mandat au Roi des belges d'administrer les deux pays. Le mandat fut confirmé par la société des nations (S.D.N.) le 31 août 1923. Deux ans plus tard, le 31 août 1925, une loi belge unit administrativement le Rwanda et le Burundi au Congo belge dont il forma un vice-gouvernorat général.

(1) Comme la plupart des institutions anciennes, les droits coutumiers ont subi le contrecoup de l'insertion des trois Etats étudiés dans le monde moderne. Il convient cependant de rappeler que l'administration Allemande sur le Rwanda et le Burundi ne s'intéressa guère au droit coutumier. L'administration belge s'en occupa davantage puisque dès son installation elle consacrait, par l'ordonnance - loi n°2/5 du 6 avril 1917, la coutume comme source du droit. V. notamment MASSINON (René), *op cit.*

(2) V. notamment MASSINON (René), *op cit.*

(3) SOHIER (Antoine), "le droit coutumier au Congo belge" in L'avenir du droit coutumier en Afrique, Universitaire Pers Leiden, 1956, p.2.

Le territoire du Ruanda-Urundi fut ainsi soumis à la législation en vigueur au Congo belge. Cependant les décrets et ordonnances pris par le gouvernement général du Congo belge ne s'y appliquaient qu'après avoir été rendus exécutoires par une ordonnance du vice-gouverneur général compétent.

L'autorité belge choisit de mener une politique d'administration indirecte, mécanisme qui, en principe, laissait leurs pouvoirs aux autorités traditionnelles(1). Ce choix semble avoir été motivé d'abord par les conditions qu'imposait une gestion administrative efficace et peu coûteuse. Le système permettait, en effet, aux dirigeants coloniaux de faire l'économie des dépenses qu'aurait nécessité un appel à des cadres métropolitains(2). Ensuite, en respectant les institutions coutumières, elle espérait toucher plus efficacement la population sur laquelle le pouvoir autochtone avait un ascendant certain. De la sorte, le cadre traditionnel devenait un instrument puissant et précieux pour l'administration belge. En la traitant avec égards, elle espérait créer à sa politique "des titres certains dans le sentiment populaire"(3).

-
- (1) Les britanniques avaient également adopté ce système (*indirect rule*). Ils préféraient ne pas imposer leur droit, en laissant en vigueur, dans la mesure du possible, le droit traditionnel. Il existait cependant, certaines restrictions à l'application des lois et coutumes africaines. Celles-ci ne devaient pas être "contraires à la justice naturelle, l'équité et la bonne conscience. "C'est la clause dite d'incompatibilité que les anglais appelaient "*Repugnancy clause*".
 - (2) V. MASSINON (René), *op cit.*, p.5 et s. La politique d'administration indirecte n'était pas commandée par le mandat de la S.D.N., ensuite transformé en tutelle des Nations Unies, mais résultait d'un choix politique de l'autorité occupante. V. MASSINON (René), *op cit.*, p.55 et s.
 - (3) RUTEMBESA (Faustin), *op cit.* p.4 et 5.

La coutume fut donc consacrée comme source de droit, mais avec certaines restrictions. Ainsi, l'ordonnance-loi n°2/5 du 6 avril 1917 (1) sur l'organisation territoriale et administrative des territoires occupés de l'Est-Africain allemand, disposait que "les sultans (*Bami*) exercent sous la direction du résident (belge) leurs attributions politiques et judiciaires dans la mesure et de la manière fixée par la coutume et les instructions du commissaire royal (belge). "Alors que jusque là, la coutume avait évolué sous l'influence de facteurs endogènes, le représentant de la puissance coloniale pouvait désormais, par instructions, la faire progresser dans le sens qui répondait au mieux des intérêts de l'administration belge. Cette politique allait être confirmée par l'ordonnance législative du 4 octobre 1943, remplacée par le décret du 14 juillet 1952 sur l'organisation politique indigène du Ruanda-Urundi(2). L'article 30 de l'ordonnance énonçait que "les pays, chefferies et sous-chefferies sont administrés conformément aux coutumes, sous réserve de ce que prévoit la présente ordonnance législative et pour autant que les coutumes ne soient contraires ni aux règles du droit public, ni aux dispositions législatives ou réglementaires qui ont pour but de substituer d'autres règles à celles des coutumes indigènes".

(1) B.O.R.U., 1ère année, n°4, suppl., p.4

(2) B.O., p.2007.

Le moins que l'on puisse dire est que le respect de la coutume fut un principe purement théorique. Les exceptions à son application s'avérèrent si nombreuses qu'en réalité, les principaux pouvoirs détenus auparavant par les autochtones passèrent aux mains des autorités belges. En effet, la coutume n'avait sa place que pour autant qu'elle respectait les dispositions de l'ordonnance législative. En d'autres termes, elle n'était pas applicable si elle allait à l'encontre des règles de droit formulées par le législateur colonial. En outre, elle ne devait être contraire "ni aux règles du droit public, ni aux dispositions législatives ou réglementaires qui ont pour but de substituer d'autres règles à celles des coutumes indigènes". Désormais donc, seule l'autorité coloniale détenait le pouvoir législatif suprême en matière coutumière. Les attributions des responsables traditionnels n'étaient pas supprimées, mais simplement reléguées à un rang subalterne.

L'administration belge usa de cet atout pour faire évoluer la coutume, mais toutes les branches du droit ne furent pas affectées de la même manière par son intervention(1). En matière de droit public et de droit pénal, le champ d'application du droit coutumier s'est considérablement réduit, au fur et à mesure que le droit colonial en réglementait certains

(1) V. MASSINON (René), *op cit.* LOBITSH (Léon), *op cit.*

aspects. Par contre, en droit privé, le droit traditionnel a mieux résisté aux assauts du droit écrit. Parfois, les deux droits coexistaient avec prédominance du droit coutumier. Ainsi, tous les biens immobiliers non enregistrés conformément au Code civil Livre II restèrent soumis à l'application du droit coutumier. Il en était de même du droit des contrats et des obligations conventionnelles. Les dispositions du Code Civil Livre III s'appliquaient lorsque les parties contractantes s'étaient référées explicitement ou implicitement au droit écrit, lors de la conclusion du contrat(1). Si leurs droits et obligations résultaient de contrats coutumiers, le droit traditionnel s'imposait(2). Parfois, la coutume restait nettement prédominante. C'était le cas dans toutes les matières non réglées par des dispositions du droit écrit: régimes matrimoniaux, successions, donations, testaments.

Pour ce qui concerne l'état, la capacité ainsi que les rapports de famille, le droit coutumier continua de régir l'immense majorité des africains. En effet, le droit écrit ne s'appliquait qu'aux immatriculés, c'est-à-dire ceux qui avaient été admis à passer du statut coutumier au

(1) L'Assemblée Nationale du Burundi a par la loi n°1/008 du 1er septembre 1986, adopté un Code Foncier remplaçant la réglementation coutumière. Pour le reste les livres II et III du Code Civil sont encore en vigueur dans les trois Etats.

(2) DE CLERCK (Louis), "La place de la coutume dans le droit actuel du Burundi ", R.A.J.B., 2ème année, n°2, 1968, p.3136.

statut civil(1). Ces derniers étaient alors régis par le Code en toute matière, y compris dans le domaine du statut personnel. Les autres africains, "indigènes non-immatriculés", relevaient uniquement des coutumes. Dans ce domaine, celles-ci jouèrent pleinement leur rôle traditionnel. L'administration belge tenta bien de les faire évoluer en promulguant notamment deux textes relatifs à la promotion du mariage monogamique(2). Ces dispositions n'ont toutefois pas donné les résultats souhaités. Et si la polygamie a progressivement diminué, ce fut moins le résultat de ces mesures législatives que la conséquence de l'évolution générale des sociétés africaines, spécialement sur les rapports patrimoniaux des individus.

Au Burundi par exemple, il n'existait pas de "polygamie de harem", telle qu'on la connaissait dans certaines parties de l'Afrique. La dignité de la femme y fut préservée par le fait que le polygame devait, d'après le droit coutumier, assurer à son épouse une autonomie économique, en mettant

-
- (1) V. Décret du 17 mai 1952 sur l'immatriculation des Congolais (B.O., 1952, I, p.1208), rendu applicable au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°11/122 du 10 septembre 1952 (B.O.R.U., 1952, p.445). Pour être admis à l'immatriculation, l'africain était soumis à une procédure vexatoire. Il devait, en effet, prouver, par son comportement et mode de pensée, qu'il était acquis à la civilisation européenne. Le Parquet enquêtait sur le caractère "civilisé" du candidat, et le tribunal statuait par décision motivée (art. 38, §3 et 4 de la "Chartre Coloniale").
- (2) Décret Congolais du 5 juillet 1948, rendu exécutoire au Ruanda-Urundi à compter du 1er mai 1952 par l'ordonnance n°21/182 du 11 décembre 1951 (B.O.R.U., 1950, p.155).

à sa disposition un domaine distinct de celui de son ou de ses autres épouses. Ce domaine comprenait notamment une maison, une propriété foncière à usage agricole et éventuellement à usage pastoral. Cependant tout le monde ne possédait pas plusieurs terres, en sorte que la majorité des Barundi restait monogame, et que les polygames étaient pour la plupart seulement bigames. La raréfaction des terres, consécutive à l'explosion démographique et les difficultés économiques ont, par la suite, contraint la grande majorité des hommes à la monogamie.

L'Abbé Bushayija(1) estime à quatre-vingt pour-cent le nombre des rwandais monogames(2), et explique ce peu d'engouement pour la polygamie par le fait que le "mariage monogamique a la primauté dans les moeurs matrimoniales rwandaises". La même raison est invoquée par Monseigneur Bigangara à propos des Barundi. Selon lui, ceux-ci ont une attitude naturelle à trouver le meilleur épanouissement dans le mariage monogamique(3).

-
- (1) BUSHAYIJA (Stanislas), Le mariage coutumier au Rwanda, Pontifica Universitas Gregoriana, Facultas Iuris Canonici, Bruxelles, Larcier, 1966, p.151
 - (2) Actuellement, la polygamie est formellement interdite par l'article 15 de la Constitution rwandaise. Elle reste toutefois une réalité concrète puisqu'en 1986 le nombre de polygames étaient estimé à plus ou moins 12%. V. Agence Rwandaise de Presse (A. R. P.)N°002581 du 18 janvier 1986. V. aussi l'article de Félicien NGANGO "Prohibition de la polygamie. Accroissement du concubinage par la pratique fiscale au Rwanda", R.J.R., 1979, N°1, p.34.
 - (3) BIGANGARA (Jean-Baptiste), Pour une anthropologie de la famille et du mariage traditionnel au Burundi. Expression et valeurs africaines burundaises, Bujumbura, Presse Lavigerie, 1986, p.135.

Ce point de vue est sujet à discussion, car la primauté de la monogamie au Rwanda et au Burundi serait plutôt le résultat de l'organisation socio-économique et non d'un quelconque penchant naturel. L'on pourrait même affirmer que "la tendance naturelle" s'orientait vers la polygamie, si des raisons économiques n'étaient venues contraindre les Rwandais et les Barundi à la monogamie. En effet, avoir plusieurs femmes impliquait la possession, au minimum, d'un nombre équivalant de propriétés foncières. Et si on n'en avait qu'une, cela engendrait le morcellement de la propriété entre plusieurs femmes, et, plus tard, entre plusieurs enfants. Cette seule perspective suffisait à dissuader les hommes les moins riches (c'est-à-dire les plus nombreux) de la polygamie.

Au Zaïre, le décret de 1948 n'a pas non plus atteint ses objectifs, puisque la polygamie demeure une réalité. Certaines autorités coloniales ne se faisaient d'ailleurs pas d'illusion sur l'efficacité de ce texte. Ainsi, le magistrat Dufrenoy regrettait déjà le fait que ce décret "gonflait les registres des administrations, des missionnaires et des tribunaux sans que la polygamie indigène s'en trouvât très mal"(1). Et, de fait, elle est restée une pratique courante dans la société zaïroise(2). Si elle tend à disparaître dans son aspect traditionnel, elle reste présente sous une autre forme: l'entretien d'une ou de plusieurs concubines, phénomène très fréquent surtout dans les grandes villes comme Kinshasa ou Lubumbashi.

(1) DUFRENOY (Paul), Précis de droit colonial, Bruxelles, Bruylant, 1946, p.145. et s.

(2) Le problème de la polygamie a d'ailleurs fait l'objet d'un large débat au sein du Conseil Législatif zaïrois (Parlement). V.C.R.A., n°75, 6 juin 1984, n°76, 8 juin 1984, République du Zaïre, Conseil législatif.

Ainsi le statut personnel est resté, pour une large mesure, soumis aux droits coutumiers . Leur application trouvait, par ailleurs, une base légale dans l'ordonnance du 14 mai 1886(1), rendue exécutoire au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°11/82 du 21 juin 1949(2). Elle disposait en effet, que "quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulguée, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo (Ruanda-Urundi) sont jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit". La jurisprudence joua de la sorte un rôle considérable dans l'évolution de la coutume. Et c'est par ce truchement, que les conceptions du droit métropolitain pénétrèrent petit à petit dans le droit coutumier. En effet, les jugements des tribunaux indigènes étaient susceptibles de révision par les tribunaux supérieurs composés de juges européens. Ceux-ci avaient de ce fait un pouvoir de contrôle leur permettant d'infléchir les jugements selon leur conception de la justice. Un sentiment qui, généralement, se manifestait dans une optique "occidentale"(3).

(1) B.O., p.89.

(2) B.O.R.U. , 1950, p.1950

(3) Pour ce qui est de l'action de l'administration britannique, voir notamment: ALLOTT (Antony N.), Judicial and legal systems in Africa, Butterworths, London, 1962, p.98-124 ANDERSON (J.N.D.), "Customary law and Islamic law in British African territories", The Future of customary law in Africa, Universitaire Pers Leiden, 1956, p.70-87.

Même si, théoriquement, le droit coutumier était le seul compétent pour régir le statut personnel des ressortissants des trois pays(1), ses lacunes ou l'ordre public colonial(2) ont en effet été souvent prétextes à l'application du Livre premier du Code Civil. Signalons à cet égard que le problème de la relation entre la notion d'ordre public dans le sens du droit international privé et de l'ordre public colonial, avait été soulevé essentiellement par la doctrine, la jurisprudence s'étant surtout préoccupée de la question de savoir si une loi métropolitaine pouvait être tenue en échec par l'ordre public colonial, et inversement si une loi spécifique à une colonie pouvait être écartée au nom de l'ordre public métropolitain(3).

-
- (1) Sans vouloir minimiser la question, il faut noter que l'abondante littérature sur le thème de l'immatriculation ne traduisait pas son importance réelle. En 1960, au moment de l'indépendance Congolaise, on dénombrait cent vingt immatriculés (v. Jeune Afrique, n°1280, 17 juillet 1960, p.91-96). Ils étaient quatorze au cours de l'exercice 1953, v. HEYSE (Théodore), Congo belge et Ruanda-Urundi, Notes publiques et commentaires de la charte coloniale, vol. II, Bruxelles, 1955-1957, p.446. Au Burundi, il n'y a eu qu'un seul immatriculé (un ecclésiastique!). Quant au Rwanda, il semble que le nombre n'ait pas dépassé tout au plus la dizaine. De plus, la règle soumettant les immatriculés au droit écrit fut souvent ignorée, de sorte que les litiges de droit privé où étaient impliqués des immatriculés furent jugés sur base du droit coutumier. V. PAUWELS (Johan), "Les origines du droit urbain de Kinshasa", R.J.C., 1968, p.342.
 - (2) L'acte de Berlin qui partagea l'Afrique entre les différentes puissances coloniales, imposa notamment aux contractants de conduire les indigènes dans la voie "du progrès et de la civilisation". Ainsi fut considéré comme contraire à l'ordre public, tout ce qui heurtait les fondements sociaux de la "civilisation" telle que la comprenait le colonisateur. La notion d'*ordre public colonial* était donc essentiellement contingente et exceptionnelle. V. à ce propos, SOLUS (Henry), Traité de la condition des indigènes en droit privé. Colonie et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat. Paris, Recueil Sirey, 1927, 590 p.; VERSTRAETE (Maurice), Aperçu de droit civil du Congo belge. De la condition de ses habitants et des personnes morales. Conflits coloniaux. Ed. coloniales Zaïre, 1947, 215 p.
 - (3) KABANGE (Clément), "L'ordre public et le droit traditionnel", Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération, 1972, p.279

Rappelons brièvement qu'au sens du droit international, l'ordre public international comprend un ensemble de principes et prescriptions impératifs destinés à sauvegarder les fondements même de l'Etat et de la société, et auxquels ne peut faire échec une loi étrangère, si son application par le *for* est de nature à les ébranler(1). L'exception d'ordre public, qui apporte alors une dérogation au jeu normal de la règle de conflit de lois, s'inscrit dans le contexte plus large de la solution des conflits de lois au moyen de règles de conflit bien précises. Ainsi lorsque la règle de conflit du *for*, opère un choix de droit applicable dont le contenu est censé être en contradiction avec les principes essentiels servant de base à la société du *for*, l'éviction de la loi normalement compétente s'imposera(2). Quant à l'ordre public colonial, une partie de la doctrine le considérait comme étant l'ordre public international, mais l'opinion de Solus (auteur de l'expression) selon laquelle il s'agissait d'un ordre public "*sui generis*" avait fini par triompher(3). Par ordre public colonial, l'auteur entendait que "la loi du statut personnel indigène, dont le respect a été cependant proclamé par la métropole, ne peut prévaloir lorsqu'elle est en opposition ou en contradiction avec une règle que la nation colonisatrice considère, dans la colonie, comme essentiel au succès de l'oeuvre de la colonisation"(4).

(1) KABANGE (Clément), *op cit.*, p.275.

(2) LENAERTS (Koenraad), "Le rôle joué par l'exception d'ordre public lors de la solution des conflits de lois en matière de filiation", Revue trimestrielle de droit familial, n°2, 1983, p.110.

(3) KABANGE (Clément), *op cit.*, p.280

(4) SOLUS (Henry), *op cit.*, p.303

Notons enfin que le fait que la jurisprudence s'inspirait de la métropole et que les juristes africains furent formés, encore que tardivement, à l'école européenne, avait fini par donner à la matière un aspect hybride. L'indépendance des Etats africains n'y changea rien.

Le Rwanda a, en quelque sorte, maintenu le *statut quo*, du moins jusqu'à la mise en application de la loi du 27 octobre 1988. Le principe est la reconnaissance aux Rwandais des droits qu'ils détiennent en vertu de la coutume, l'exception étant l'application des principes généraux du droit, notamment le Code Civil de 1895, soit pour atténuer les excès du droit coutumier, soit pour en corriger les insuffisances. L'absence d'une ligne de démarcation claire entre les champs d'application respectifs des deux systèmes, oblige souvent les juges à combiner les éléments du droit coutumier avec ceux du droit écrit. Mais dans le contexte actuel du droit rwandais, quel sens revêt la notion d'ordre public auquel la coutume ne peut être contraire? Sur cette question, nous partageons le point de vue du professeur Kabange qui place les dispositions d'ordre public auxquelles la coutume doit se conformer, dans le volet interne de l'ordre public (1). Il ne s'agit donc pas d'un ordre public "*Sui generis*" qui s'ajouterait à l'ordre public interne et à l'ordre public international dans le cas de l'Etat rwandais (ou de l'Etat zaïrois lorsque la coutume est déclarée applicable pour autant qu'elle soit conforme à l'ordre public zaïrois)(2).

(1) KABANGE (Clement), *op cit.* , p.282 et s.

(2) V. *infra*, p.54.

B. Le sort des droits coutumiers depuis l'Indépendance.

Bien que les dirigeants africains aient souvent cherché à réhabiliter les valeurs du passé, l'indépendance de leurs Etats n'a pas remis en cause cette structure dualiste de l'ordre juridique. Le réalisme commandait de ne pas opérer de changements brutaux, car la modification des rapports socio-économiques et l'insertion des Etats nouvellement indépendants dans le monde moderne nécessitait un outil juridique approprié. L'adoption du droit colonial se présentait alors comme une solution provisoire admise en attendant les réformes juridiques adéquates.

Ainsi des matières telles que le droit du travail, le droit pénal, l'organisation judiciaire, etc, d'inspiration coloniale sont restées en vigueur dans l'immédiat d'après indépendance.

Les nouvelles autorités ne se sont pas pressées d'introduire une législation de droit écrit dans le domaine du statut personnel. Le Burundi a attendu dix-huit ans et le Zaïre vingt-sept ans pour adopter un Code des personnes et de la famille. Le Rwanda, en attendant l'entrée en vigueur de la loi du 27 octobre 1988, applique actuellement à ses citoyens les droits qui leurs sont reconnus en vertu de la coutume. Il recourt également au droit écrit, c'est-à-dire au Code Civil de 1895, soit pour modeler les excès du droit coutumier, soit pour pallier ses insuffisances. Le juge rwandais est par conséquent souvent amené à combiner les éléments du droit coutumier et ceux du droit écrit en matière de droit de la famille. Par un

dosage de ces éléments, il essaye, "en l'absence d'une ligne de démarcation claire entre les champs d'application respectifs des deux systèmes, de trouver une solution équitable aux problèmes qui lui sont soumis"(1). Cette méthode comporte naturellement des risques importants, notamment celui du mélange d'éléments juridiques complètement incompatibles et celui de l'insécurité juridique"(2).

C'est bien là un problème actuel qui n'a pas toujours été posé, à tort d'ailleurs, en ces termes. Certains auteurs(3) l'ont analysé comme s'il s'agissait de conflits entre droit écrit et droit traditionnel, croyant que "le concours législatif résultait ici de la confrontation, pour une institution juridique déterminée, entre une règle coutumière et une règle écrite"(4). Or, tel n'est pas le cas. Il ne s'agit pas d'une situation conflictuelle, mais de hiérarchisation des sources de droit. La question est de savoir quand et comment l'on peut faire appel à des principes juridiques étrangers au droit coutumier, celui-ci étant la source première du droit rwandais. L'exercice n'est pas toujours simple, surtout lorsqu'il doit être fait à la lumière des règles générales de conflit de lois, que nous devons maintenant présenter.

-
- (1) VAN LOOK Moni, "La promesse de mariage et la filiation d'un enfant né de relations entre les fiancés. "Note sous jugement du tribunal de 1ère Instance de Gikongoro, 20 janvier 1970, R.J.R, n°1, 1er janvier 1981, p. 179.
 - (2) *Ibidem*, p.179.
 - (3) V. *infra*, p.46.
 - (4) VERWILGHEN (Michel), Documentation pour le cours de droit international privé, Université du Burundi, Faculté de droit, 1984, p.105.

CHAPITRE II

LES REGLES GENERALES DE CONFLIT DE LOIS EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL

Comme les droits coutumiers ignoraient les règles de conflit de lois, ou tout du moins puisqu'il était impossible de prouver leur existence, les trois Etats indépendants ont adopté les dispositions de droit international privé du Code Civil de 1895(1). Les tribunaux ont ainsi été amenés à interpréter les règles de conflit de lois héritées de l'époque de l'administration belge. Bien que le législateur burundais ait adopté un nouveau Code des personnes et de la famille, il n'a apporté aux dispositions de droit international privé que des modifications mineures de pure forme, sauf quelques rares retouches fondamentales(2).

Selon une classification adoptée par le professeur Michel Verwilghen(3), ces règles, essentiellement multilatérales, peuvent être répertoriées en trois catégories:

-
- (1) Il faut rappeler qu'après l'accession des trois pays à l'indépendance, la plupart des dispositions législatives antérieures furent maintenue en vigueur. Les règles de droit international privé édictées par le législateur colonial ont, de cette manière, reçues la qualité de *droit national* spécifique à chacun des trois Etats. V. VERWILGHEN (Michel), *op cit.* ; p.102-103.
 - (2) V. VERWILGHEN (Michel), *op cit.* , p.105.
 - (3) *ibidem* , p.107.

- 1° Celles prévoyant expressément l'application dans le *for* (Burundi - Rwanda - Zaïre) de règles étrangères. Il s'agit des articles 2, 4 alinéa 2, 8, 95 et 96 du Code burundais des personnes et de la famille, ainsi que les articles 8, 10 alinéa 2, 13 alinéa 1, 107 alinéa 3 du Code Civil de 1895.

- 2° Les dispositions qui, formulées en termes généraux, admettent implicitement l'applicabilité d'un droit étranger. Les éléments matériels des situations de fait visées par ces articles peuvent se localiser soit dans le *for* (Burundi-Rwanda-Zaïre), soit ailleurs. La loi applicable pourra ainsi être, selon le cas, le droit du *for* ou le droit étranger. De telles dispositions sont contenues dans les articles 3, 4 alinéa 1 et 5 à 7 du Code Burundais. Ainsi que dans les articles 9, 10 alinéa 1, 11 et 12 des Codes Civils rwandais et zaïrois.

- 3° Une disposition unilatérale: l'article 9 du Code burundais, équivalent de l'article 14 des Codes Civils rwandais et zaïrois. Cette disposition peut cependant être considérée comme "bilatéralisable"(1).

(1) VERWILGHEN (Michel), *op cit.* p.107.

Quant aux conflits de coutumes, susceptibles de surgir uniquement en droit zaïrois, il n'existe pas de règles légales permettant de les résoudre. Cette lacune a, jusqu'à présent, été comblée par la jurisprudence des tribunaux coutumiers. Quelques dispositions du Code zaïrois de la famille, ont toutefois été prévues par le nouveau législateur pour régler certains conflits de coutumes.

SECTION I: LES CONFLITS INTERNES

Compte tenu de la coexistence de deux systèmes qui, au Rwanda, régissent pour l'instant les rapports juridiques appartenant au domaine du statut personnel, on pourrait se demander si ce dualisme n'est pas de nature à susciter des conflits entre droit moderne d'inspiration européenne et droit coutumier rwandais. Pareils conflits supposeraient "l'existence d'une règle coutumière et d'une règle écrite régissant parallèlement mais différemment une même institution, sans que l'on puisse déduire de l'intervention du législateur national dans un domaine déjà coutumièrement réglementé, une volonté de substituer le droit moderne au droit traditionnel"(1).

(1) de BURLET (Jacques), Précis de droit international privé congolais, Larcier, Bruxelles, 1971, p.225-226.

Tel était effectivement le cas dans les trois Etats avant l'accession à leur indépendance. Le législateur colonial n'avait cependant pas établi de règles générales de conflits interpersonnelles(1). Et ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont pu dégager une solution uniforme.

A l'heure actuelle, on ne peut imaginer ces conflits car la question se pose en d'autres termes pour le Rwanda. Il ne s'agit plus de confrontation entre deux systèmes juridiques, mais de hiérarchisation des sources de droit. Quant aux conflits de coutumes, il convient de signaler qu'ils sont inconcevables tant au Burundi qu'au Rwanda. Il n'existe, dans chacun de ces Etats, qu'une tradition unique. On parle de la "coutume rwandaise" ou de la "coutume burundaise"(2). Du reste, tous les burundi sont soumis, quant à leur statut personnel, au même Code. Seul le Zaïre, de par son étendue, connaît une diversité ethnique qui engendre une multitude de coutumes susceptibles de créer des conflits(3). A cet égard, ni doctrine, ni jurisprudence coloniales n'ont proposé de système de solutions cohérentes. Les opinions étaient partagées.

- (1) Seules quelques dispositions particulières en matière d'immatriculation pouvaient intervenir dans la solution de ces conflits. V. Décret du 17 mai 1952.
- (2) C'est à tort que le professeur Michel Verwilghen a cru en la possibilité de conflits coutumiers au Burundi. V. Revue critique de droit international privé, 1981, n°3, p.576-588 et Documentation pour le cours de droit international privé, *op cit.* p.105. L'existence de trois "ethnies" (*Hutu, Tutsi et Twa*) n'a pas généré une société multiculturelle. Ces "ethnies" n'ont qu'une même et unique coutume. Le fait est suffisamment rare en Afrique pour être souligné.
- (3) On soutient qu'il y aurait au Zaïre plus de deux cents coutumes. V. BAYONA ba MEYA, RZD, n°1, 1972, 3e année.

§1- LES CONFLITS ENTRE DROIT ECRIT ET DROITS TRADITIONNELS:

UN FAUX DEBAT

Les controverses sur les conflits entre droits écrits et droits coutumiers ont eu lieu avant l'Indépendance. Le débat avait alors sa raison d'être, car il existait effectivement une catégorie d'individus soumis au droit écrit et une autre régie par le droit coutumier. La possibilité de conflits était alors réelle. La solution apportée allait généralement en faveur de l'application du droit écrit. Cette attitude se justifiait non par des motifs juridiques, mais par l'idée que le droit d'origine européenne surpassait celui de source locale.

L'indépendance des Etats a mis tous les citoyens sur un pied d'égalité. Il n'est plus établi de distinction entre immatriculés et non immatriculés. Les Rwandais sont soumis à leur coutume. Lorsque se pose un problème dans lequel le droit rwandais est déclaré compétent, il faut, en principe, appliquer la coutume. Si elle n'offre pas de solution ou si elle est manifestement contraire aux dispositions d'ordre publique interne du Rwanda, l'on peut alors se référer au Code Civil. Celui-ci ne s'impose donc pas de façon impérative. On ne peut qu'y puiser des éléments permettant d'apporter la réponse que ne fournit pas le droit coutumier.

A. La solution coloniale

Certains auteurs ont soutenu la suprématie du droit colonial en cas de conflit droit écrit - droit coutumier(1). A vrai dire, le débat sur la prétendue supériorité du droit écrit ne reposait sur aucune base juridique. L'argument invoqué par ces auteurs pour appuyer leur thèse était que le droit coutumier tenait sa validité de sa reconnaissance par le droit écrit. Or pareille reconnaissance est, comme le soulignait à juste titre le professeur Pauwels, inutile et superflue. Tout droit "coutumier ou autre, est en vigueur non parce qu'il est reconnu par le législateur mais parce qu'il est pris en considération par les tribunaux"(2). La seule norme de supériorité incontestable du droit écrit réside dans le pouvoir du législateur national d'abroger ou de remplacer une coutume". Ce n'est pas le caractère écrit de la loi qui le rend supérieur à la coutume, mais bien son caractère autoritaire"(3).

-
- (1) PETILLON (Léon), "Des habitants et de leurs droits", in Les Nouvelles-droit colonial, t. I. , p.202. Pour l'Afrique occidentale V. BOUREL (Pierre), "La conjonction du droit africain et du droit européen dans le droit des conflits de lois en Afrique noire francophone", Annales africaines, Ed. Pedone, Paris, 1968, p. 63.
- (2) PAUWELS (Johan M.), La constitution du Congo et le droit coutumier, Ed. CRISP-INEP, Bruxelles, 1964; p. 3
- (3) PAUWELS (Johan), *ibidem*.

En réalité, la prééminence du droit écrit s'appuyait, non sur un quelconque argument juridique, mais sur "la supériorité que tout élément européen jouissait par rapport à tout ce qui était autochtone"(1). Ainsi, sans aller jusqu'à prôner la primauté du droit écrit sur le droit coutumier, en cas de conflit, Heyse admettait tout de même que "la loi écrite est idéalement supérieure aux coutumes indigènes"(2). D'autres auteurs ont tranché le conflit en faveur du droit coutumier(3). Pas plus que l'application systématique du droit écrit, rien ne justifiait le recours automatique au droit coutumier. Gohr estimait qu'"on ne pouvait ériger en principe général ni que la loi écrite devait, dans tous les cas, avoir le pas sur la coutume, ni inversement que le droit coutumier devait être préféré à la loi écrite."Pour lui, la nature juridique de toutes les institutions devait être pris en considération, en recherchant la solution dans l'application

 (1) PAUWELS (Johan M.), *op cit.*

Lorsqu'on consulte les fichiers de la bibliothèque Royale Albert 1er(Bruxelles), on constate que les rubriques concernant certaines matières de droit coutumier, sont cataloguées sous l'expression "droit primitif". Pourtant, le droit anglais n'est pas classé sous la rubrique "droit primitif". Cette terminologie prêterait à sourire, si elle n'était l'expression d'une vision anachronique des droits africains.

(2) HEYSE (Théodore), *op cit.*, p.472

(3) HALEWIJCK, DE LAUWERS, SALKIN, DE LANNOY, cités par Istvan SZASZY, in "Les conflits de lois interpersonnels dans les pays en voie de développement", Académie de droit international, Recueil des cours 1973, I, p.128-129.

par analogie de certaines règles énoncées par le législateur colonial en matière de droit international privé(1). En réalité, cet auteur tomba, par la suite, dans le même piège que les tenants de la supériorité du droit écrit. S'il refusait le recours systématique à la loi écrite, il n'en concluait pas moins que celle-ci devait l'emporter sur le droit coutumier, en ce qui concerne notamment le mariage, la filiation légitime et la légitimation(2). Il y avait de sa part une contradiction car il n'était pas évident que l'application par analogie des règles de droit international privé, devait donner compétence à la loi écrite. Par exemple, le mariage entre deux individus soumis respectivement au droit écrit et au droit coutumier devait, si l'on s'en tient à la théorie de Ghor, être réglé par l'article 107, alinéa 3 du Code Civil, à savoir, que les parties ne peuvent contracter mariage que s'ils remplissent les conditions (de fond) de leurs lois nationales. Pour l'application analogique de cette règle, il aurait donc fallu tenir compte des conditions de fond requises et par le droit écrit, et par le droit coutumier. Or Gohr préconisait justement le contraire, puisqu'il estimait que dans le cas d'un mariage, le droit écrit devait l'emporter. Sa démonstration cachait mal une idée confuse d'une certaine supériorité du droit écrit, tout au moins dans certaines matières.

(1) GOHR (Albrecht), "Des règles applicables au Congo belge aux rapports de droit privé entre indigènes et non-indigènes", in. Revue mensuelle de doctrine et de jurisprudence coloniales, 1933, p. 265 et s.

(2) *ibidem*

Le magistrat Verstraete (1) soutenait, quant à lui, que les règles de conflit de droit international privé contenues dans le Code Civil devaient être appliquées. Cette solution paraissait logique car, dès lors que l'on admettait que le droit coutumier constituait un modèle d'ordre juridique, il fallait également accepter qu'il puisse avoir vocation à s'appliquer par le jeu des règles de droit international privé. Cependant, étant donné que les droits traditionnels n'en prévoyaient pas, à tout le moins puisqu'il était impossible de prouver leur existence(2), le recours aux dispositions du Code Civil pouvaient être fondé sur l'application des principes du droit, en cas de lacune de la coutume. Si Ghor avait poussé son raisonnement jusqu'au bout, il en serait certainement venu à cette conclusion. Toutefois ce débat n'intéresserait plus que les historiens du droit, le problème actuel étant posé tout autrement en droit rwandais.

B. La problématique actuelle.

Le conflit droit moderne - droit traditionnel a disparu au Burundi et au Zaïre puisque tous les nationaux y sont respectivement soumis à

-
- (1) VERSTRAETE (Maurice), Aperçu du droit civil du Congo belge. De la condition de ses habitants et des personnes morales. Conflits coloniaux, op cit.
- (2) Il semblerait que les conflits de coutumes étaient connus par les droits traditionnels zaïrois et qu'il existait, à travers certains proverbes zaïrois, des principes qui permettaient de solutionner ces conflits. C'est du moins, l'opinion du conseiller à la Cour Suprême du Zaïre, DIBUNDA KABWINJI. V. "Le droit traditionnel face aux conflits de coutumes et conflits de lois en République du Zaïre" in R.J.Z. , n spécial, 50ème année, p.275-304.

une législation unique de droit écrit(1). Au Rwanda, jusqu'à mise en application de la loi du 27 octobre 1988, le droit coutumier reste applicable en matière de statut personnel. Il n'est fait exception à ce principe que lorsque la coutume n'est pas conforme aux lois et à l'ordre public de l'Etat, ou encore si elle est lacunaire. Dans ce cas, les tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit(2).

Il n'existe plus de conflit entre droit moderne et droit traditionnel au sens du droit international privé. En effet, il n'y a pas ici concours de deux règles juridiques émanant d'autorités différentes et susceptibles d'être appliquées à un même fait juridique. Le Rwanda étant un Etat unitaire, c'est l'autorité centrale qui est habilitée à légiférer pour l'ensemble du territoire national. En l'occurrence, le législateur national a consacré la coutume comme source principale du droit en matière de statut personnel.

-
- (1) V. Décret-Loi n°1/1 du 15 janvier 1980, *op cit.* Loi zaïroise n°87-010 entrée en vigueur le 1er août 1988, *op cit.* Malgré la compétence que la nouvelle législation zaïroise accorde au droit traditionnel pour régler certaines matières, la possibilité d'un conflit entre droit écrit et droit coutumier n'existe pas, puisque l'applicabilité de la coutume dépend de la loi. Il n'y a donc pas à proprement parler concours entre deux systèmes juridiques appelés à régir une même matière. Le seul risque est que le droit coutumier soit en désaccord avec les autres dispositions légales. Dans une telle hypothèse, le droit écrit se substitue au droit coutumier.
- (2) Art. 110. Code de l'organisation et de la compétence judiciaire, Codes et Lois du Rwanda, p.262.

C'est lui qui, en cas de lacune de la coutume ou d'opposition de celle-ci aux lois et à l'ordre public, indique la voie de solution à suivre: la *référence* aux principes généraux du droit et aux règles du droit en vigueur. Il n'y a donc pas d'opposition entre droit traditionnel et droit écrit lorsque le législateur institue un ordre hiérarchique des sources de droit. Cette nuance que le magistrat De Clerck(1) et le professeur Pauwels(2) ont bien perçue, semble avoir quelque peu échappé au professeur de Burlet(3) et à Szaszy(4). Le Code Civil ne s'impose pas aux juges de façon impérative. Seule la Coutume est d'application, les tribunaux pouvant s'inspirer du droit écrit interne (ou des droits étrangers), si les circonstances de la cause leur paraissent devoir trouver une solution en dehors du droit coutumier(5).

-
- (1) DE CLERCK (Louis), "La place de la coutume dans le droit actuel du Burundi", *op cit.* p.31-36.
 - (2) PAUWELS (Johan M.) Introduction au droit coutumier congolais. Cours, Kinshasa, 1971, p.136.
 - (3) de BURLET (Jacques), *op cit.* p.227-232.
 - (4) SZASZY (Istvan), *op cit.*, p.192.
 - (5) Cela se comprend d'autant plus aisément que les règles coutumières n'ont pas toujours suivi le rythme actuel des mutations socioculturelles. Pour éviter des anachronismes, les juges sont appelés à s'inspirer des législations modernes et entre autres le Code Civil. Ce n'est donc pas, comme le croit de Burlet, *op cit.*, p.224, une manière d'assurer systématiquement la prépondérance du droit écrit, mais un souci d'adapter la coutume aux réalités actuelles par voie jurisprudentielle.

S'il est relativement facile d'appliquer le droit coutumier rwandais, il n'en est pas de même pour le Zaïre car, le conflit international des lois peut se doubler d'un conflit de coutumes. Dans pareille hypothèse, ni la doctrine ni la jurisprudence coloniales n'ont apporté de réponses convaincantes, préférant laisser les tribunaux coutumiers élaborer une jurisprudence en la matière. Dans la plupart des cas, celle-ci a eu recours à l'application d'un *droit uniforme* élaboré à partir d'attitudes qu'imposait la vie urbaine(1).

§2- Les conflits de coutumes: le cas du Zaïre.

A. La problématique actuelle.

Le nouveau code zaïrois ne semble pas avoir supprimé toute possibilité de conflits coutumiers. En effet, la coutume est applicable si une disposition légale particulière le prévoit expressément. Dès qu'elle

(1) Les circonstances particulières de la vie en ville créent souvent des comportements inconnus de la société rurale. A cela s'ajoute l'hétérogénéité de la population citadine, qui crée une coutume propre au mode de vie urbain (par exemple le droit concernant le concubinage). Pour régler les problèmes nés de ce contexte, les tribunaux coutumiers ont eu recours à l'élaboration d'un *droit uniforme* "ne tenant que rarement compte du fait que les parties étaient soumises au même droit personnel ou au contraire, à des coutumes personnelles différentes". V. PAUWELS (Johan), "les origines du droit urbain de Kinshasa", in R.J.C., 1968, p.326 et s.

est déclarée compétente pour régir une matière donnée, elle est apte à mettre en mouvement ses propres règles juridiques, dans la mesure où elle ne sont pas formellement interdites par une règle de droit écrit et pour autant qu'elles soient conformes aux lois et à l'ordre public zaïrois (1). Les divers articles du Code faisant référence à la coutume peuvent être classés en trois catégories:

- 1) Ceux qui posent comme condition d'application d'une règle légale, le respect de la coutume;
- 2) Ceux donnant compétence à la coutume pour régler certaines matières;
- 3) Ceux portant interdiction d'appliquer une règle coutumière.

Seules les deux premières catégories de dispositions intéressent directement le droit international privé. Elles soulèvent notamment la question de savoir si la compétence accordée au droit traditionnel, n'est pas susceptible d'engendrer des conflits coutumiers. Tantôt le Code apporte des solutions claires, tantôt il reste muet.

(1) Art. 102 de la constitution zaïroise, J. O., n°1 du 19 janvier 1983; Art. 116, al. 1 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaire, J. O., n°7, 19 avril 1982.

Ainsi la forme des fiançailles obéissant aux règles coutumières, l'article 340, al.8(1) règle l'éventuel conflit entre coutumes du fiancé et de la fiancée, en donnant compétence à la loi de celle-ci. De même le mariage pouvant, aux termes de l'article 368, al. 1, être célébré en famille selon les formalités prescrites par le droit traditionnel, l'article 368, al.2 prévoit, dans l'éventualité d'un conflit de coutumes, que celui-ci sera tranché par l'application de la coutume de la femme. Dans les autres hypothèses où des conflits sont susceptibles de se produire, les rédacteurs du Code n'ont apporté aucune réponse. Le problème reste donc posé, mais il n'y a pas lieu d'en exagérer l'importance, car les possibilités de conflits coutumiers dans le cadre de la nouvelle législation, reste relativement rares. En outre, le recours au *droit uniforme* élaboré par la jurisprudence pourrait aisément pallier les carences de la loi.

B. La solution jurisprudentielle: application d'un *droit uniforme*

L'application des règles de droit international privé, contenues dans le Code Civil, a été proposé par certains auteurs pour solutionner les

- (1) Cet article n'offre pas d'intérêt réel, car il concerne les conflits de coutumes relatifs à la forme des fiançailles. Celles-ci n'étant pas obligatoires, il n'y a pas lieu de s'y étendre.

conflits de coutumes. Elles se sont toutefois révélées complètement inadaptées à la réalité zaïroise, au point que le conseil colonial avait décidé qu'il convenait "de faire pleine confiance à l'extraordinaire faculté de jugement des juges indigènes"(1).

Le recours aux principes de droit international privé avait été préconisé par Petillon(2). Ainsi, en matière d'état et de capacité des personnes, chacune des parties devait, selon lui, être soumise à sa coutume personnelle. Cette solution a cependant été jugée peu réaliste dans la mesure où "l'adoption de l'application du principe de la personnalité comme règle générale aurait fait du problème de la connaissance des coutumes un souci majeur et constant; continuellement, les juges auraient dû rechercher le contenu des coutumes qu'ils ignoraient ou qu'ils ne connaissaient qu'imparfaitement"(3).

-
- (1) DIBUNDA KABWINJI, "Le droit traditionnel face aux conflits de coutumes et conflits de lois en République du Zaïre", *op cit.*, p.222
- (2) PETILLON (Léon), *op cit.*, p.202.
- (3) PAUWELS (Johan M.), "Les origines du droit urbain de Kinshasa", *op. cit.* p.320-324. Cet article résume les principales conclusions d'une étude menée par l'auteur sous le titre de "Rechtskeuze en wording van eenvormige stadsgewoonte in de inlandse rechtbanken te Leopoldstad (Kinshasa), 1926-1940", Tervuren (Belgique) Musée Royal de l'Afrique Centrale, Annales, série in -8°, Sciences Humaines, n°60, 1967, XXVII, 633 p.

La thèse de Petillon ne semble d'ailleurs pas avoir reçu l'agrément des tribunaux, qui lui ont préféré, dans leur grande majorité, l'application de la coutume locale(1). Celle-ci trouvait toutefois ses limites dans une situation bien particulière: les centres urbains comme Léopoldville (Kinshasa) et Elisabethville (Lubumbashi)(2), dans lesquelles coexistaient plusieurs coutumes.

L'application du droit coutumier territorial n'engendrait pas de difficulté dans les zones rurales, car souvent il n'y avait lieu d'appliquer qu'une seule coutume, en raison du caractère homogène de la population. Ce qui n'était pas le cas des villes où le droit personnel des parties ne coïncidait pas forcément avec le droit local. C'est ainsi qu'est né, progressivement, un droit *uniforme* des villes parce que "la vie urbaine impliquait l'adaptation de certaines coutumes traditionnelles, et réclamait une solution à des problèmes nés de situations inconnues d'elles"(3).

-
- (1) RUBBENS (Antoine), Les différents statuts des habitants du Congo, Bruxelles, I. R. C. . Bulletin des séances, 1953, p.432-433. PAUWELS (Johan), *ibidem*
 - (2) Respectivement capitale et seconde ville du Zaïre.
 - (3) PAUWELS (Johan M.), "Les origines du droit urbain de Kinshasa", *op. cit.* , p.320.

L'étude du professeur Pauwels a montré que les tribunaux de Kinshasa ont répondu à la complexité des droits personnels et aux conflits de coutumes, par l'élaboration d'un *droit uniforme* (1). Ce n'est qu'à de rares occasions, que les juges traditionnels ont admis l'application des coutumes personnelles (2). La *lex fori* est, en fait, devenue le droit commun de la ville, le nouveau droit local, au caractère territorial prononcé (3).

Quoique plus rares désormais, les conflits de coutumes peuvent donc être aisément résolus grâce au *droit uniforme* élaboré par la jurisprudence zaïroise. Par contre, des difficultés majeures ne sont pas à écarter dans le domaine des conflits internationaux de lois. La législation de droit international privé reste en effet assez sommaire dans les Etats des Grands Lacs.

-
- (1) Dans le langage juridique zaïrois, ce droit uniforme est désigné sous le terme de "coutume évoluée".
 - (2) Lorsqu'un conflit de coutumes n'était pas résorbé par l'introduction d'un droit uniforme, le choix du droit applicable était la méthode qui apportait généralement la solution. Technique toutefois assez exceptionnelle. V. PAUWELS (Johan M), Répertoire de droit coutumier congolais, jurisprudence et doctrine, 1954-1967, Office National de la Recherche et du Développement, "ONRD", Kinshasa, 1970, 443 p. V. aussi HERBOTS (J. H), Afrikaans gewonterecht en cassatie. Studie van de Kongolese Koloniale rechtspraak en proeve de lege ferenda in toepassing van artikel 60 van de grondwet. van 1967, Leuven, 1969.
 - (3) L'application des coutumes locales par les juridictions coutumières congolaise ne résultait donc pas de l'ignorance, de leur part, de l'existence des conflits coutumiers, comme semble le croire le professeur de BURLET. V. Précis de droit international privé congolais, op cit., p.225.

Elle ne répond pas à toutes les questions, et il faut souvent se référer à la jurisprudence publiée ou connue (1) pour trouver une réponse. A l'exception du Zaïre, la doctrine relative à la discipline du droit international privé est quasiment inexistante au Rwanda et au Burundi. En outre, le peu d'études faites ainsi que la jurisprudence disponible, se sont élaborées dans un contexte particulier qui donnait, la plupart du temps, une grande importance au droit écrit. Or, la réalité actuelle accorde, au Rwanda et pour l'instant du moins, une place prépondérante au droit coutumier, tandis que le Burundi et le Zaïre ont mis sur pied des législations qui se veulent être une synthèse des droits modernes et certains principes de droit coutumier. Cette situation ajoute une difficulté supplémentaire à l'application des règles de conflit de lois héritées de la période coloniale, d'autant que le vieux Code Civil de 1895 a été maintenu.

SECTION II: LES CONFLITS INTERNATIONAUX.

Les dispositions de droit international privé contenues dans le Code Civil de 1895, sont toujours en vigueur au Rwanda et au Zaïre. Quant au Burundi, le législateur s'est doté de nouvelles règles, mais celles-ci n'offrent aucune originalité.

(1) Les rares publications sont très peu fournies. Il n'y a pratiquement pas d'études sur les conflits de lois, d'autorités ou de juridictions, ni d'ouvrages fondamentaux sur la matière. A cette carence s'ajoute les difficultés économiques, qui restreignent le nombre des publications scientifiques dans les trois Etats.

Elles sont la copie presque intégrale de celles contenues dans l'ancien Code Civil(1). Alors que dès 1957, Maurice Verstraete préconisait une réforme du titre "des étrangers" du Code Civil congolais(2), le législateur burundais a laissé passer l'occasion d'innover en s'inspirant notamment des récentes codifications internationales. "Faute d'avoir été, ou voulu être, attentif aux questions non résolues du texte colonial, il n'a ni comblé les lacunes, ni corrigé les imperfections de la codification antérieure"(3). Ainsi, le titre premier du décret-loi du 15 janvier 1980 se présente, selon l'expression du professeur Verwilghen(4), comme "une réglementation inachevée" du droit burundais des conflits de lois. Ce qui, comme il en a toujours été, laisse à la jurisprudence un large pouvoir d'appréciation dans la solution des conflits de lois.

- (1) V. Tableau de concordance des anciens et des nouvelles dispositions dressé par le professeur Michel Verwilghen, in Documentation pour le cours de droit privé, *op cit.* p.108-112, et inséré en annexe, p.256. Pour un commentaire détaillé des dispositions de droit international privé du Code congolais (et rwandais-burundais) V. notamment la liste des études doctrinales rassemblée par le professeur Verwilghen, *op. cit.*, p.100-102. L'on pourra également consulter la jurisprudence rassemblée par le même auteur dans la documentation précitée, et par le professeur Pauwels, in Répertoire de droit coutumier congolais, jurisprudence et doctrine, 1954-1967, *op cit.* Le précis de droit international privé congolais du professeur de Burlet, *op cit.*, sera également d'une très grande utilité, étant une référence de base.
- (2) V. VERSTRAETE (Maurice), "De l'opportunité de réviser le Livre Premier du Code Civil du Congo belge", J. TO., 1957, n° spécial, p.65-66.
- (3) V. Commentaires du professeur Michel VERWILGHEN, *op cit.*, p.107-108.
- (4) *ibidem* p.108.

L'Etat actuel des législations de droit international privé des pays étudiés, offre une opportunité de combler leurs lacunes et leurs imperfections. En s'inspirant notamment des récentes codifications internationales, mais aussi et surtout en réfléchissant à la lumière du contenu spécifique des droits internes. Presque toutes les études doctrinales existantes, de même que la jurisprudence disponible se sont intéressées à la matière en l'abordant par rapport au droit écrit. Ainsi, malgré l'indéniable qualité du Précis de Droit International Privé Congolais, rédigé par le professeur de Burlet, l'on peut regretter le fait qu'il n'apporte pas de solution aux conflits de lois résultant d'une application des droits coutumiers. Il en est de même des analyses, pourtant précieuses, faites par Maurice Verstraete. Or, nous avons vu que, tout au moins dans le cas du Rwanda, le droit traditionnel constitue la source principale du droit des personnes et de la famille. Comme certaines notions de droit coutumier s'accommodent mal à la logique du droit écrit, il faudrait que l'élaboration des règles de droit international, "pour être fondée et viable, se réclame d'un large consensus des sujets de droit auxquels elle doit s'appliquer". D'autre part, la pratique jurisprudentielle et la politique législative des Etats étudiés, tendent au mariage des éléments des droits modernes avec ceux des droits coutumiers qui sont encore compatibles avec l'évolution des sociétés en cause. Dès lors, il est important de s'assurer que les règles de conflit de lois, considérées généralement comme établies, sont effectivement applicables aux réalités socio-juridiques des pays étudiés. Sinon, il y aurait lieu soit de les adapter à l'environnement de ces Etats, soit de sonder d'autres formules.

L'élaboration de nouvelles règles de conflit de lois devrait, nous semble-t-il, tendre vers la participation à cette "communauté universelle" déjà évoquée, sans pour autant renier les valeurs propres aux droits africains, dans ce qu'elles ont de primordial. Si l'on soutiens que l'affirmation de l'identité du droit africain n'est pas incompatible avec l'adhésion à des valeurs jugées universelles(1), il convient alors de prévoir une réglementation appropriée aux relations privées internationales dominées par cette idée de l'existence réelle, sinon souhaitable d'une "société internationale".

Dans la formulation des règles pouvant approcher, autant que possible, cet objectif, nous aurons à relever la tendance de la doctrine récente à ne plus accorder une importance excessive à la méthode traditionnelle du droit international privé, celle qui met en oeuvre ce qu'on appelle la règle de conflit de lois(1).

SECTION III: LE PROCEDE DE LA REGLE DE RATTACHEMENT COMME METHODE TRADITIONNELLE DE SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS.

Rappelons très brièvement que ce procédé classique du droit international privé consiste à envisager une matière déterminée, plus

(1) FRANCESKAKIS (Phocion), *op cit.*, p.290.

ou moins largement conçue (le statut personnel, l'état des personnes, le mariage) pour en confier, par le biais d'une "circonstance de rattachement", la réglementation à une des lois en conflit(1). En supposant, au départ, que les diverses lois internes sont en principe aptes à régir la question en cause, le "facteur de rattachement" indique celle qui a eu égard à cette question, la vocation la plus forte pour la régir. Cette loi est alors applicable à ce titre(2).

Cette méthode traditionnelle de solution des conflits de lois a connu de vives critiques. Il lui a été notamment reproché de procéder de manière conceptualiste et mécanique, sans aucun soucis du but que poursuivent les règles matérielles qui entrent en ligne de compte(3). Aussi certains ont-ils souhaité que la désignation de la loi applicable ne se fasse pas à l'aveuglette, mais plutôt en considération de la justice du résultat. Par exemple en fonction du caractère satisfaisant que cette loi donnerait à la question litigieuse(4). Les partisans de cette solution se sont entendus répondre que la préoccupation de tenir compte du contenu de la loi applicable avant de la déclarer compétente, n'est pas entièrement absente de la méthode traditionnelle(5).

(1) *FRANDESCAKIS* (Phocion), *op cit.*

(2) *ibidem*.

(3) *van HECKE* (Georges), "Principes et méthodes de solution des conflits de lois", Recueil des cours de l'académie de droit international privé, I, 1969, p.476; *KEGEL* (Gerhard), "The crisis of conflict of laws", Recueil des cours de l'académie de droit international privé, II, 1964, p.177.

(4) *van HECKE* (Georges), *op cit.*, p.477.

(5) *ibidem*.

Ainsi l'exception d'ordre public permet-elle la non-applicabilité d'une loi déterminée précisément en raison du contenu de cette loi. De même, la technique des rattachements cumulatifs et alternatifs, ou celle qui consiste à déclarer applicable, parmi deux lois en cause, celle qui est la plus favorable à une partie déterminée, témoignent de cette préoccupation. Certains critiques de la méthode des conflits de lois préféreraient cependant, la formulation directe des règles "matérielles" de droit international privé qui envisagent matériellement, dans sa teneur concrète, le résultat(1). Ils justifient cette solution par le fait que les tribunaux saisissent toutes les possibilités que la doctrine ou cette technique relative à l'interprétation de la règle de conflit et à son application leur offre, pour obtenir le résultat qui leur apparaît le plus juste. Dès lors, autant formuler directement les règles "matérielles"(2).

Pour certains autres auteurs tel van Hecke, la critique de la méthode conflictuelle est quelque peu excessive, et plutôt que d'échafauder des règles nouvelles basées sur le contenu des lois en présence, un affinement des règles de rattachement pourrait donner une réponse adéquate au souci de la justice de la solution matérielle(3).

Nous partageons le point de vue qui exprime une préférence pour le changement des règles de rattachement plutôt que la modification du droit

(1) FRANCESKAKIS (Phocion), *op cit.*, p.292.

(2) *ibidem*.

(3) van HECKE (Georges), *op cit.*, p.481.

matériel applicable. En effet, comme le souligne Kegel(1), la solution devrait être cherchée dans les règles de rattachement, d'où provient la difficulté. Car c'est bien le schématisme des règles de conflit de lois dans les trois Etats étudiés, qui conduit parfois à une inadéquation du résultat matériel par rapport aux valeurs primordiales des droits africains ou des principes essentiels de portée universelle. L'on relèvera cependant que ce schématisme est inévitable de par la nature même de la règle de conflit de lois, mais aussi que celle-ci, y compris dans son aspect purement localisateur, repose sur un jugement de valeur, ou en tout cas sur une appréciation de sa fonction sociale(2).

En partant de ce constat, il convient alors d'établir des règles de conflit de lois tendant à réaliser un modèle social soucieux de ces valeurs, par l'intégration de certaines données africaines, comme la solidarité du groupe familial ou l'esprit de conciliation opposé à la justice contentieuse(3), et l'insertion dans le droit international privé de notions à caractère universel comme par exemple l'égalité des sexes.

-
- (1) KEGEL (Gerhard), *op cit.* ; van HECKE (Georges), *op cit.*
 (2) KNOEPLER (François) et SCHWEIZER (Philippe), "La nouvelle loi fédérale Suisse sur le droit international privé (partie générale)", Revue critique de droit international privé, n°2, 1988, p.224.
 (3) FRANCESCAKIS (Phocion), *op cit.*, p.317.

En d'autres termes, l'objectif serait ici "d'apprécier aussi bien le système européen que le système africain d'après des critères qui ne sont pas nécessairement à l'un ou à l'autre, mais qui sont déduits du but de l'intégration des Etats africains à la civilisation générale"(1).

C'est dans cette perspective que s'oriente la seconde partie de cette étude.

(1) FRANCESKAKIS (Phocion), *op cit.*, p.322.

DEUXIEME PARTIE

LES REGLES SPECIALES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE
DES PAYS DES GRANDS LACS
EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL

" Il ne faudrait pas croire, comme le font souvent les juristes occidentaux, que la doctrine de l'autonomie du droit dans l'état de droit libéral, est une théorie générale ou une science pure du droit. Il existe d'autres modèles juridiques, irréductibles à celui-là, et il serait simpliste de les tenir pour des formes imparfaites d'un modèle unique dont l'Etat de droit libéral présenterait la figure achevée".

François RIGAUX

Droit international privé,

T.I., Larcier, Bruxelles,

1977, p.81

Quatre matières, l'identification des personnes, le mariage, le divorce et la filiation, ont particulièrement retenu notre attention. L'intérêt pour elles réside dans le fait que, régies par les coutumes et le droit écrit, elles posent souvent le problème de compatibilité entre une analyse juridique occidentale et un certain mode de régulation du droit africain. Les règles de conflit de lois en vigueur, invitent alors, si pas à des modifications fondamentales, tout au moins à une adaptation par rapport à un modèle hybride qui, même dans les récentes codifications(1), en appelle à la combinaison d'éléments de deux systèmes juridiques différents.

(1) V. Code burundais des personnes et de la famille; Code zaïrois de la famille; Titre préliminaire et Livre premier du Code civil rwandais (loi du 27 octobre 1988).

CHAPITRE I

L'IDENTIFICATION DES PERSONNES

Quatre éléments servent traditionnellement à identifier les personnes: le nom, le domicile, la nationalité et l'état civil. Nous traiterons uniquement des deux premiers. La nationalité sera, pour la clarté du texte, analysée comme *facteur de rattachement* du statut personnel, notamment en étudiant le mariage et la filiation. Quant à l'état civil, en raison de la situation embryonnaire des législations et de l'absence d'une organisation administrative déjà affirmée en la matière, il n'a pas paru opportun de l'étudier ici en détail(1).

Le nom et le domicile suscitent eux, un intérêt particulier. Malgré plusieurs publications sur la signification et les caractères du nom en droit africain, celui-ci n'a éveillé aucune curiosité quant à son implication sur le droit international privé africain. Il est vrai que la jurisprudence n'a pas eu à connaître des problèmes liés au nom pour exciter un réel intérêt de la part de la doctrine. Le peu d'engouement à l'étude de cette matière, pourrait également être lié à l'un des traits particuliers du nom africain: sa nature individuelle par opposition au caractère familial du patronyme.

(1) le *Précis de Droit International Privé Congolais* du professeur de Burlet et le *Code civil congolais: des personnes* de Maurice Verstraete peuvent être utilement consultés. Ces études, ainsi que la doctrine belge et française, servent généralement de référence dans les trois Etats.

N'étant ni un effet de la filiation, ni celui du mariage, la liberté qui marque son attribution peut, dans une certaine mesure expliquer qu'il n'y ait pratiquement jamais eu de contestations relatives à la détermination ou à la protection internationale du nom. Cependant l'augmentation des mariages mixtes depuis l'indépendance, et la fréquence de liaisons avec naissance d'enfants, entre partenaires de nationalités différentes, peut dans certaines circonstances engendrer des conflits de lois. Il y a dès lors intérêt à sonder les solutions possibles eu égard à la nature propre des droits africains, étant entendu que les règles de conflit de lois classiques, ont été établies en fonction de concepts étrangers aux trois pays. Tel est l'objet de la première section.

Quant au domicile, les législateurs ne lui ont accordé que très peu d'importance en tant que *facteur de rattachement* en matière de statut personnel. Les questions d'état et de capacité de l'étranger sont régies par la loi du pays dont il relève. A défaut de nationalité connue, c'est la *lex fori* qui joue le rôle de *facteur de rattachement subsidiaire*(1). Cependant, influencée par la doctrine étrangère, la jurisprudence a de temps en temps fait appel à la notion de domicile, lorsque la solution d'un conflit de lois n'apparaissait pas dans la législation, ou encore à l'occasion d'un renvoi. Le problème que pose cette notion dans les trois pays, est qu'il s'agit d'un concept assez flou.

(1) Art. 8 Code civil du 4 mai 1895;
Art. 2 Code burundais des personnes et de la famille.

SECTION I: LE NOM

Les principes de droit international privé développés par la doctrine en matière de nom, requièrent, assurément, une certaine adaptation eu égard à la conception que les trois Etats se font du nom. Il ne s'agira pas de remettre en cause le précepte selon lequel le nom relève de la loi nationale de l'individu, mais de voir dans quelle mesure son application n'altère pas le sens du nom africain. Celui-ci, nous le verrons dans les deux paragraphes suivants, diffère des concepts occidentaux à partir desquels les règles de droit international privé ont été élaborées. Le nom dans les pays étudiés, se caractérise et par son individualité opposée à la nature familiale du nom européen, et par la liberté de son choix, contraire au système de transmissibilité du nom de génération en génération. Même si l'influence occidentale s'est quelque peu étendue à cette matière, ces deux fondements sur lesquels repose le nom dans les trois Etats, paraissent intangibles. Dès lors, il importe de nuancer les principes de droit international privé enseignés. Ceux-ci devraient nécessairement tenir compte du lien étroit qui existe entre le nom et la personnalité.

§I - Le nom dans les traditions des pays des Grands Lacs

Dans les moeurs africaines, le nom est plus qu'un attribut de la personnalité, élément nécessaire à l'identification des personnes, et revêt une signification beaucoup plus profonde.

Il n'est pas choisi au hasard mais résulte souvent d'une longue réflexion et de l'observation attentive de la conduite de la personne qui devra le porter. Comme l'explique le professeur Ntahombaye, l'importance que les africains attachent au nom individuel ne peut être comprise que "si l'on se place dans le contexte d'une civilisation de l'oralité où la parole a une force quasi sacrée"(1). Le nom, dit-il, en tant que message oral, remplit toujours des fonctions bien précises "liées à celle de la parole comme outil principal de communication et d'expression de diverses valeurs"(2). Il est plus qu'un simple moyen d'identification des personnes: il est en lui-même porteur d'une pensée. Le nom est "protection ou conseil, fortifie, met en garde et transmet sous une forme lapidaire l'expérience et la prudence des générations précédentes"(3). En tout état de cause, il n'est jamais un signe neutre car il exprime la nature individuelle de l'homme(4). Il est le reflet d'une circonstance, heureuse ou malheureuse, un état du moment ou de la société dans sa vie politique, économique ou culturelle(5).

-
- (1) NTAHOMBAYE (Philippe), Des noms et des hommes. Aspects psychologiques et sociologiques du nom individuel au Burundi, Karthala, 1983, Paris, p.257.
 - (2) *Ibidem*.
 - (3) MASSINON (René), "Le nom au Burundi", in R.A.J.B., 1972, p.163.
 - (4) MULUMBA KACHY, "Conception du nom en droit traditionnel zaïrois", R.J.Z 1973, p.134-152.
 - (5) Avant-projet rwandais du Livre Premier du Code Civil, Exposé des motifs, p. 4.

Au Burundi, au Rwanda ainsi que dans certaines sociétés zaïroises, il n'existe pas dans les traditions, de moment précis pour l'attribution du nom. Généralement, le nouveau-né n'en reçoit pas immédiatement. Même si on lui en attribue un, il est plus souvent appelé par des termes signifiant "bébé, enfant, petit garçon, petite fille, etc. ". C'est vers l'âge de deux à trois ans, quand il est apte à entrer en relation avec son entourage qu'on lui attribue un nom (1) dont la nature peut se résumer en trois caractères essentiels:

- 1) Le choix du nom est libre, sauf dans certaines circonstances où il est fondé sur des critères objectivement vérifiables tels que la naissance de jumeaux ou le rang de naissance(2).
- 2) La patronymie est inconnue. Les africains ont un nom individuel qui n'est pas obligatoirement transmissible. Il existe bien, dans certaines sociétés zaïroises, , un mode de transmission du nom de la génération des grands-parents à celles des petits enfants, mais il est différent du système patronymique connu en Occident. Ainsi chez les *Lebe* l'on distingue le clan paternel et le clan maternel. L'enfant est doté du nom de chacun des deux clans pris dans la génération de ses grands-parents.

-
- (1) VANSINA (Jan), "Noms personnels et structure sociale chez les Tyo (Teke)", Bulletion de l'Académie Royale des Sciences d'outre-mer, Bruxelles, 1964, p.795; NTAHOMBAYE (Philippe), *op cit.* p.61 et s.
 - (2) KAHOMBO MATEENE, "Quelques principes du choix des noms individuels dans certaines sociétés bantu", Cahiers d'Etudes africaines, 1975, n°50, p.356-361; MULUMBA KACHY, *op cit.*, p.137-138; NTAHOMBAYE (Philippe), *op cit.*, p.133 et s.

Ne pouvant en aucun cas porter celui des personnes de la génération de ses parents, il y a dès lors alternance des noms. Dans une même famille, on ne peut donner le nom d'un grand-père qu'une seule fois(1). On retrouvera cette coutume chez les *Tyo*, les *Kuba* et dans certaines sociétés du Bas-Zaïre(2).

- 3) Chaque personne peut porter un nom composé de plusieurs termes qui revêtent tous autant d'importance et de signification. Ou alors au nom individuel s'ajoute un surnom ou un pseudonyme par lequel l'individu est plus connu et souvent identifié. C'est le caractère multiple des noms africains(3).

*

* *

Si telle était la tradition, aujourd'hui les noms individuels se transforment, *de facto*, progressivement au profit du patronyme. L'altération du système coutumier a commencé déjà à l'époque de l'administration coloniale et tutélaire belge.

(1) BULENDU NDE BWANYI, "La dation du nom en coutume Lebe", R.J.Z., 1972, p.249-250.

(2) VANSINA (Jan), *op cit.* p.134-152.

(3) L'usage des noms multiples n'est, semble-t-il, pas l'apanage du seul continent africain. En Espagne comme en Amérique Latine par exemple, les enfants portent le nom du père suivi de celui de la mère. Il est à cet égard intéressant d'observer les changements introduits par la loi française du 23 décembre 1985 sur "l'Egalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs".

Cette loi modifie les habitudes séculaires des Français puisqu'au *patronyme* d'état civil (le plus souvent le nom du père) on pourra désormais ajouter un nom *d'usage* (nom de la mère). Même si la transmissibilité de génération en génération reste le privilège du *patronyme* qui seul, continuera à assurer l'identification juridique, cette loi n'en traduit pas moins une certaine modification de la mentalité sur la notion *identitaire*, si pas au niveau juridique, tout au moins sur le plan sociologique.

§2- L'influence occidentale sur le nom africain

C'est l'Eglise, plus que l'administration, qui a introduit la patronymie en imposant aux chrétiens le port du nom du père à côté du prénom de baptême. L'usage s'est vite répandu, car un nombre important d'africains se convertirent ou adhérèrent à une confession chrétienne(1). Le législateur zaïrois a même confirmé cette pratique. l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi du 20 juillet 1973(2), stipule, en effet, que le premier nom de l'enfant doit être identique à celui de son père ou de tout autre personne exerçant sur lui l'autorité paternelle. La violation de cette disposition entraîne des sanctions pénales prévues par l'article 13 de la même loi.

Le système qu'a adopté le Zaïre se caractérise donc par l'obligation de réserver le nom patronymique au premier élément du nom et de maintenir la liberté de choix pour les autres éléments (3). Les rédacteurs du Code de la famille sont cependant revenus vers une conception traditionnelle.

-
- (1) Dans une enquête sur l'extension du patronyme au Burundi, le professeur Ntahombaye a constaté que 56% des effectifs d'une école secondaire de Gitega (Burundi) portaient le nom de leur père. V. NTAHOMBAYE (Philippe), *op cit.* p.165.
 - (2) Loi n°73-002 du 20 juillet 1973 relative au nom des personnes physiques, M.C.1975, p.1405.
 - (3) V. KALALA ILUNGA, Commentaire de la loi relative au nom des personnes physiques, Cour Suprême de Justice, République du Zaïre, 1974, p.5.

La transmission du nom du père à l'enfant ne sera plus une obligation mais une simple faculté(1). Le Président de la cour Suprême de Justice, Bayona ba Meya, justifie cette modification de la loi du 20 juillet 1973, par le souci affiché du législateur de se conformer à la coutume uniforme du Zaïre. Il s'agit de ne pas imposer la patronymie, tout en laissant au père, là où les coutumes le permettent, la latitude de donner son nom à ses enfants(2).

L'on constate donc, qu'individualité et liberté dans le choix du nom demeurent, malgré l'usage de plus en plus fréquent de la patronymie(3), les piliers fondamentaux de la matière du nom . Ce qui a pour conséquence, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, de modifier sensiblement la nature de celui-ci, si l'on applique à la lettre les règles classiques du droit international privé en cas de conflit de lois.

(1) V. Art.59-61 du Code zaïrois de la famille.

(2) V. Débats parlementaires, C.R.A, n°167, 21 mai 1980, p.9-10, République du Zaïre, conseil législatif. D'après les enquêtes menées à travers les principales coutumes zaïroises, il semblerait qu'un grand nombre de régions du Zaïre aient pris l'usage de donner le nom du père aux enfants. V. C.R.A., n°167, p.9.

(3) L'avant projet rwandais préconisait le port du nom de famille (nom du père), du nom individuel et du prénom (art.44-45). Ce mariage entre conception occidentale (patronymie) et caractère africain (dation individuelle) du nom, paraît convenir aux rwandais puisque 70% des personnes interrogées au cours de l'enquête préliminaire à l'élaboration du nouveau code, l'ont approuvé (v. exposé des motifs p.10). La nouvelle législation a cependant opté pour le port obligatoire d'un *nom propre*, art.58 de la loi du 27 octobre 1988.

§3- Nom africain et droit international privé

Le nom a pour rôle essentiel l'identification des personnes. Comme tel, les auteurs et la jurisprudence dominante en Occident, s'accordent pour le rattacher à l'état des personnes(1). Il relèverait donc, en principe, de la loi nationale de l'individu. Les *apatrides* et les *réfugiés* constituent une exception puisque leur statut personnel est régi par la loi du domicile ou, à défaut, par la loi de la résidence habituelle(2). Il convient cependant de noter qu'en République Fédérale d'Allemagne, la récente loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé(3) a, tout en consacrant le principe général selon lequel le nom d'une personne est régi par la loi de l'Etat dont elle est ressortissante (art. 1, al. 1er EGBGB*), accordé une large place à l'autonomie de la volonté, notamment en ce qui concerne le nom matrimonial des époux et le nom de famille des enfants légitimes et des enfants naturels(4). De même, bien que la loi fédérale Suisse sur le droit international privé (5) fonde

-
- (1) A noter que les pays anglo-saxons voient le nom comme un simple usage et ne l'incorporent pas au statut personnel. V. BATTIFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), Droit international privé, 6ème édition, tome II, 1976, LGDJ, p.28.
 - (2) V. art.12 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés; le protocole relatif au statut des réfugiés signé à New York le 31 janvier 1967.
 - (3) bundesgesetzblatt, 30 juillet 1986, p.1142 et s.
 - * EGBGB: Einführungsgesetz Zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Loi d'introduction du Code Civil)
 - (4) V. STURM (Fritz), "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", Revue critique de droit international privé, n°1, 1987, p.39 et s.
 - (5) Loi du 18 décembre 1987, Feuille fédérale, 12 janvier 1988 [1988. I.5]

en la matière, la compétence internationale sur la loi du domicile de l'individu dont il s'agit de déterminer le nom (art.37), elle laisse place à une certaine autonomie en autorisant qu'une personne puisse demander que son nom soit régi par son droit national.

Les pays des Grands Lacs ont hérité de la conception traditionnelle et le professeur de Burlet(1), enseigne qu'en application de l'article 8 du Livre Premier du Code Civil de 1895 (ou son équivalent l'article 2 du Code Burundais), le nom relève de la loi personnelle de l'individu dont il s'agit d'identifier ou, à défaut de nationalité connue, de la loi du *for*. Le Code zaïrois confirme implicitement cette option puisqu'il stipule en son article 71 que l'identification d'un étranger né sur le territoire zaïrois se fera, dans l'acte de naissance, conformément aux dispositions de son droit national". A *fortiori*, s'il est né à l'étranger, son nom devrait être déterminé d'après la même loi. Le choix de la loi personnelle conviendrait d'autant mieux qu'elle assure, de l'avis général, la stabilité du nom(2).

Il apparaît cohérent, au regard des droits étudiés, de soumettre d'une manière générale, le nom à la loi nationale de l'individu. Les propositions du professeur de Burlet qui consistent à rattacher le nom à la loi applicable aux effets du mariage, de la filiation illégitime et de l'adoption, deviennent cependant moins évidentes lorsqu'il s'agit notamment de déterminer le nom d'une personne.

(1) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.274.

(2) LUCAS (H.J.), "Le nom en droit international", Jurisqueuseur de droit international, fasc. 542-G, 1984.

A. La détermination du nom

En concevant l'attribution du nom comme un effet de la filiation ou des actes juridiques familiaux (mariage, adoption), le professeur de Burlet conclut qu'elle doit être régie par la loi applicable aux effets du mariage, de la filiation illégitime ou de l'adoption(1). Sa conclusion semble perdre de vue que dans les trois pays, le nom n'est ni un effet du mariage, ni celui de la filiation. Le nom africain revêt, on l'a vu, un caractère purement individuel, contrairement, à la conception occidentale qui lui confère une nature familiale(2). Ce serait donc un non-sens que de soumettre l'attribution du nom, à la loi régissant les effets de l'institution familiale d'où "découlerait" le nom. L'on devrait par conséquent reconnaître la compétence de la loi nationale ou de la résidence habituelle de l'individu qu'il s'agit d'identifier. Pour les pays étudiés cette solution offre un double avantage. D'une part, elle est simple car elle supprime d'éventuels conflits entre la loi personnelle du père et celle de la mère. Elle insiste sur la nécessité d'attribution de nom, indépendamment du mariage(3). D'autre part, elle assure la permanence de l'individualisation du nom(4), ce qui rejoint les vœux des nouveaux législateurs.

(1) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.275.

(2) A noter que selon la loi allemande, l'enfant n'acquiert pas le nom de famille du père, mais le *nom matrimonial* du couple. Un nom patronymique serait considéré en RFA comme incompatible avec le principe d'égalité des sexes. V. STURM (Fritz), *op cit.* p. 44 et s.

(3) FADLALLAH (Ibrahim), La famille légitime en droit international privé, Dalloz, 1977, P.339.

(4) de BURLET (Jacques), *op cit.* p.275

Elle s'adapte parfaitement à la nature du nom africain, puisque "elle tient pleinement compte du lien entre le nom et la personnalité(1)". La loi personnelle a néanmoins l'inconvénient de ne pas supprimer les difficultés dues au cumul des nationalités. Le nom et la nationalité ne sont pas toujours régis par les mêmes règles, et celles-ci peuvent appartenir à des branches différentes du droit. En partant de l'idée du professeur Schätzel d'étendre au nom les règles sur les conflits de lois en matière de nationalité(2), il semble cependant possible de surmonter le problème. Illustrons ce propos par deux exemples:

- 1) Un enfant, issu d'une union légitime entre un Burundais et une Zaïroise, cumule les deux nationalités(3). Si le conflit se manifeste dans l'un des Etats dont le sujet a la nationalité (au Burundi ou Zaïre), le juge fera prévaloir la nationalité de l'Etat du *for*(4).

(1) V. van HECKE (Georges), in "Le nom des personnes en droit international privé", mélanges offertes à Raymond VANDER ELST, Tome II, Ed. NEMESIS, 1986, p.819.

Par ailleurs, van Hecke constate que l'enseignement du droit comparé montre nettement une évolution vers l'application du statut personnel "indépendamment de la raison d'acquisition du nom", p.818.

(2) V. SCHÄTZEL (Walter), "le nom des personnes en droit international privé", Académie de droit international, Recueil des cours, 95(1958, III); p. 217 et s.

(3) Art.2 a Cod nat. bur.; art 5, Cod. nat. zaïr.

(4) L'art.3 de la convention de La Haye du 12 avril 1930 stipule qu' "un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité, comme son ressortissant".

v. aussi PAUWELS (Johan M.) et PINTENS (Walter), La législation zaïroise relative au nom . Droit et authenticité africaine, Académie royale des Sciences d'Outre-Mer, Classe des Sciences Morales et politiques, Mémoires in 8°, Nouvelle Série, Tome XLVII, fax 2, Bruxelles, 1983, p.98

Ainsi lorsque la question se pose au Burundi, la règle serait la liberté totale du choix du nom de l'enfant. Si par contre le problème est soulevé au Zaïre, les parents seraient contraints de choisir un nom "authentiquement" zaïrois.

- 2) Un enfant, né d'un mariage entre un Belge nommé *Dupuis* et une Zaïroise, acquiert une double nationalité(1). En droit belge, conformément à la règle de transmissibilité du nom, l'enfant s'appelle *Dupuis* et est inscrit comme tel dans ses documents belges. Au Zaïre, il lui est attribué un nom zaïrois, par exemple celui de *Kalambay Mutombo*, qui figure seul sur son passeport. La famille se rend au Burundi avec l'intention de s'y installer. Devant l'hésitation des parents quant au nom à faire enregistrer, l'officier de l'état civil chargé de l'inscription des étrangers émet des doutes. Dans ce cas, la détermination du nom se ferait selon la nationalité la plus effective, comme le prévoit l'article 5 de la Convention de

(1) Art 8 Code de la nationalité belge, loi du 28 juin 1984, Moniteur Belge, 12 juillet 1984, p. 10095-10113; Art 5 Cod. nat. zaïr.
 À noter que la loi belge du 30 mars 1984, qui a modifié l'article 57 du Code Civil, prescrit l'indication dans l'acte de naissance du nom de l'enfant sans préciser s'il s'agit du nom du patronyme. van HECKE (*op cit.* p.813) y voit une reconnaissance implicite que le nom de l'enfant (légitime) pourrait être différent de celui du père. Si telle était la volonté réelle du législateur belge (van HECKE souligne qu'aucune indication ne figure dans les travaux préparatoires), l'exemple choisi serait évidemment mal venu. La nouvelle législation belge sur la filiation semble cependant implicitement confirmer la règle de transmissibilité du nom.

La Haye du 12 avril 1930. Seraient ainsi prises en compte, soit la nationalité du pays dans lequel l'individu a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait.

La compétence de la loi nationale devrait également s'étendre à la détermination du nom de la femme mariée, puisqu'il n'est nullement conditionné par son mariage. Certes, si les lois nationales des époux divergent, et que par exemple l'une d'elle demande que la femme porte le nom du mari, des difficultés peuvent surgir. L'on peut cependant penser que de tels problèmes se poseront de moins en moins, la tendance actuelle dans la plupart des pays étant d'autoriser la femme mariée à conserver son nom d'origine, en l'ajoutant éventuellement à celui de son mari(1). Quant à la femme divorcée, il est préférable de soumettre son nom à sa loi personnelle. Tout autre rattachement, telle la loi régissant les effets du divorce, risquerait de porter atteinte à la permanence de l'individualité procuré par le nom(2).

(1) Du reste, même dans les droits européens, l'effet du mariage sur le nom ne constitue qu'un "effet secondaire". V. FADLALLAH (Ibrahim), *op cit.*, p.76; van HECKE (Georges), *op cit.* p.816-819. A noter cependant que selon le Code Civil allemand (RFA), les époux portent le nom de famille commun, le nom matrimonial (*Ehename*) dont le choix fait l'objet d'un accord entre époux. La fiancée ne peut unilatéralement opter entre la conservation de son nom de jeune fille et l'acquisition du nom du fiancé. Si celui-ci ne se prête pas à l'accord, la femme perdra au moment du mariage son nom de jeune fille et portera automatiquement le nom de famille de son mari. Certains auteurs considèrent cette règle comme étant contraire à la constitution allemande qui garantit l'égalité des sexes. V. STURM (Fritz), *op cit.* p.40.

(2) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.274-275.

Identifier correctement les personnes étant l'objectif souhaité, le changement ou la modification du nom ne sont plus dans les pays des Grands Lacs, soumis aux coutumes, mais strictement réglementés par la loi(1). Ce n'est pourtant pas le cas dans certaines coutumes africaines qui accordent une liberté totale en la matière. Le nom pouvant ainsi être modifié sans intervention de l'autorité nationale dont dépend l'individu, il est nécessaire de fixer des limites à la compétence de principe de la loi nationale(2), si l'on veut éviter de porter atteinte à l'ordre public interne des Etats . A cet égard, il semble que la pratique européenne et la Convention d'Istanbul du 4 septembre 1958, constituent d'intéressantes sources d'inspiration.

-
- (1) V. décret burundais n°100/94 du 28 juin 1979, B.O.B. n°8/79, p.409, art.10-11 de la loi zaïroise du 20 juillet 1973 et art.64 du Code de la famille; Décret-Loi rwandais n°33/79 du 22 octobre 1979 et la loi du 27 octobre 1988.
 - (2) Il est à noter que la législation burundaise interdit aux étrangers l'usage d'un pseudonyme, sauf dérogations ministérielles qui doivent être strictement limitées à l'activité (artistique, littéraire ou scientifique) en vue de laquelle elles ont été accordées (art.9 du décret n°100/94 du 28 juin 1979). L'inobservation de cette disposition est constitutive d'une infraction pénale (art10 de la Loi française du 10/02/1942. D.A. 1942. 58, interdisant aux étrangers l'usage d'un pseudonyme sauf autorisation ministérielle qui était limité à l'objet en vue duquel elle avait été accordée), est pour le moins curieuse d'autant plus que les barundi peuvent user d'un pseudonyme (art.1 du décret précité). La loi française était, comme le note le professeur Malaurie, "marquée par l'esprit de xénophobie qui avait souvent caractérisé la législation de Vichy, et même par l'antisémitisme, puisque les autres articles de cette loi avaient pour objet de soumettre le nom des Juifs à un statut spécial. " Ce texte est du reste, tombé en désuétude. V. MALAURIE (Philippe), "Nom-Prénom-Noblesse", Répertoire de droit international, Dalloz, p.471.
L'article 9 du décret burundais du 28 juin 1979, nous paraît injustifié et sa disparition serait souhaitable.

B. Changement et modification du nom

Il est presque unanimement admis que le changement de nom est soumis quant à sa validité à la loi nationale de l'intéressé(1). C'est parce que l'on estime qu'il relève du statut personnel que la pratique administrative, dans certains pays, interdit à l'étranger de demander le changement de son nom en se fondant sur la loi locale. L'autorisation de changer de nom est dès lors considérée comme un acte souverain, strictement lié à la nationalité du porteur(2).

Si, dans les pays étudiés, la modification du nom est aujourd'hui réglementée par la loi, il n'en est pas de même dans certains Etats africains où la matière peut relever de la coutume qui, dans ce domaine, est généralement assez libérale. Un étranger résidant dans l'un des trois pays pourrait bien vouloir changer de nom autant qu'il le souhaiterait et aussi facilement que le lui permettrait sa coutume, mettant en péril l'ordre public de l'Etat en cause .

(1) V. notamment LOUSSOUARN (Yvon) et BOUREL (Pierre), Droit international privé, Dalloz, 1978, p.372.

Mais la nouvelle loi fédérale Suisse fonde en matière de changement de nom, la compétence internationale sur le domicile (art.38, al.1). V. von OVERBECK (Alfred E), "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi Suisse sur le droit international privé", Revue critique de droit international privé, 1988, n°2, p.238

(2) V. SCHATZEL (Walter), *op cit.* p.212.

Les Etats Européens ont trouvé un palliatif à cette menace en adoptant la règle selon laquelle "l'étranger est tenu de se nommer de la manière qui est indiquée dans son passeport ou dans son permis de séjour". Ce nom reste intangible aussi longtemps qu'il séjourne dans l'Etat(1). S'il désire changer de nom, il peut se rendre auprès de la représentation diplomatique de son pays d'origine, qui lui accordera un nouveau passeport. Les autorités locales ne peuvent alors pas refuser de reconnaître le nouveau nom(2).

La Convention d'Istanbul du 4 septembre 1958 relative aux changements de noms et prénoms, pourrait ainsi inspirer une solution aux conflits d'autorités dans les pays des Grands Lacs. Les Etats signataires(3) se sont en effet, engagés à ne pas accorder de changements de noms ou de prénoms aux ressortissants d'un autre Etat contractant, sauf le cas de double nationalité (art.2 de la Convention). Les actes administratifs d'un Etat contractant ayant modifié le nom d'un ressortissant de l'Etat dont l'acte émane doivent en principe, être reconnus dans les autres Etats (art.3).

(1) V. SCHATZEL (Walter), *op cit.* p.212 et s.

(2) *Ibidem*.

Il est maintenant admis que la procédure administrative de changement de nom n'est applicable qu'aux nationaux ou aux apatrides et réfugiés domiciliés dans l'Etat du *for*. Le nom étranger ne peut être modifié que par l'autorité nationale dont il dépend.

V. van HECKE (Georges), *op cit.* p.813.

(3) Les Etats signataires de la Convention étaient la République Fédérale d'Allemagne, la France, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg et la Turquie.

Si malgré ces quelques observations, l'application de la loi nationale devait s'imposer, il convient de noter cependant qu'elle risquerait de dénaturer complètement le sens africain du nom au cas où, comme le montrent les exemples qui suivent, elle était systématiquement respectée dans le domaine de la protection du nom.

C. Protection internationale du nom

En droit européen continental, la protection du nom échappe partiellement à l'application de la loi personnelle. En ce qu'il confère un droit propre, le nom est soumis à la loi nationale (1). Ici, les considérations de police civile passent à l'arrière plan. L'obligation de ne porter d'autres noms ou prénoms que ceux exprimés dans son acte de naissance est cependant une obligation de police administrative qui régit également les étrangers(2).

Au Burundi, le nom est moins considéré comme un droit que comme un usage. Même si la législation réglemente le port du nom, elle ne semble pas l'avoir institué comme un droit, au sens occidental du terme(3). Ainsi, par exemple, une mère célibataire séduite par un étranger peut donner en tant

(1) V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), *op cit.* p.28.

(2) V. RIGAUX (François), *Droit international privé*, T II, Larcier, Bruxelles, 1977, p. 245; MALAURIE (Philippe), *op cit.* p. 466; BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), *op cit.* p. 30; van HECKE (Georges), *op. cit.*, p.812.

(3) La doctrine récente considère que le droit au nom fait partie des droits de la personnalité.
V. RIGAUX (François), Précis de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Les Personnes, T.I, LARCIER, 1971, p.424 et s.

que nom individuel à son enfant, le patronyme de l'homme qui l'a abandonné. En France et en Belgique, cette pratique serait jugé contraire à l'ordre public et défense serait faite à l'enfant de porter le patronyme du séducteur de sa mère(1). Au Burundi, elle est admise sans restriction, par application du principe du libre choix du nom individuel(2). L'auteur étranger, père présumé, serait irrecevable à poursuivre devant les tribunaux burundais, l'"usurpation" de son nom.

Au Zaïre, l'article 12 de la loi du 20 juillet 1973 et l'article 67 du Code de la Famille, reconnaissent le nom comme un droit qui "confère à son titulaire le pouvoir d'en user légitimement et d'utiliser toutes les voies de droit, y compris l'action en justice, pour obliger les tiers à le respecter. Ces dispositions sont à interpréter à la lumière de la conception zaïroise du nom et des règles relatives à l'attribution du nom. Les articles 59 et 60 du Code se bornent à indiquer la personne appelée à choisir le nom de l'enfant.

-
- (1) D'après la nouvelle loi belge sur la filiation (Loi du 31 mars 1987, Moniteur belge du 27/05/1987, p. 8250), l'enfant naturel portera le nom de son père si la filiation paternelle est établie en même temps que la filiation maternelle (art. 335 §1), excepté dans le cas où le père serait marié. Dans ces conditions l'enfant ne portera le nom de son père adultérin que si le conjoint de celui-ci y consent (art. 335 §3, al.2). Si la filiation maternelle précède la reconnaissance paternelle, l'enfant portera le nom de sa mère. Il sera cependant possible de donner le nom du père après, soit de commun accord (pendant un an), soit en cas de décès de l'un des parents à l'initiative de l'autre.
- (2) V. MASSINON (René), "le nom au Burundi", *op cit.* p.162-171. L'auteur rappelle que le service tutélaire des affaires juridiques, administratives et des cultes (aujourd'hui, le Département des Affaires Juridiques et du Contentieux) ont à plusieurs reprises, délivrés des certificats de coutumes destinés à être produits à l'étranger pour attester la licéité de cette pratique.

Elles n'obligent pas un choix déterminé. De même, l'article 61 envisage la possibilité pour les parents de transmettre leurs noms à l'enfant, mais il s'agit d'une faculté et non d'une obligation.

Le législateur zaïrois est donc resté fidèle à la tradition: le libre choix du nom est la règle. Une personne pourrait par exemple s'appeler *Lumona Sambi*, même si son voisin a exactement le même nom. Ce dernier n'aurait aucun titre légal à l'en empêcher, chacun étant libre d'adopter le nom qui lui plaît. Il n'en irait autrement que si telle personne utilisait le nom du voisin à seule fin de lui nuire. C'est dans ce sens qu'il faut interpréter l'article 67 qui, dans son alinéa 2, dispose que "l'usage de son nom dans l'exercice de ses activités professionnelles ne doit pas avoir pour but et pour effet de porter atteinte, à l'aide d'une confusion dommageable, au crédit et à la réputation d'un tiers". Telle est aussi l'interprétation donnée à l'article 12 de la loi du 20 juillet 1973 par le Président de la Cour Suprême de Justice du Zaïre, Kalala Ilunga(1). L'usurpation du nom doit être comprise, en droit zaïrois, par rapport à son caractère patrimonial. Il en est ainsi dans le domaine littéraire, artistique ou chaque fois que le nom est utilisé à des fins commerciales(2). C'est dans le même sens qu'il faut interpréter le Décret-Loi rwandais du 22 octobre 1979(3), en le situant par rapport aux

(1) KALALA ILUNGA, *op cit.* p.7.

(2) *ibidem*.

(3) Le Décret-Loi autorise le porteur d'un nom à s'opposer à son "usurpation par un tiers (ou son conjoint, ses héritiers ou ses successeurs s'il est décédé ou inapte à manifester sa volonté), lorsque celle-ci paraît susceptible de lui causer un dommage matériel ou moral". V. aussi l'art.72 de la loi du 27 octobre 1988.

dispositions concernant l'utilisation abusive du nom en cas de concurrence déloyale ou de diffamation(1). Il ne remet pas en cause le libre exercice du choix du nom individuel.

Selon la solution admise en Europe continentale, la protection du nom serait régie par la loi de la personne dont le nom est usurpé(2). Il n'est pas possible de le transposer aux droits des pays des Grands Lacs, car dans certains cas, le rattachement à la loi personnelle aboutirait à dénaturer la conception africain du nom. Reprenons l'exemple précité pour illustrer la difficulté. Si le séducteur est belge et que la mère célibataire est burundaise, le renvoi à la loi nationale de celui dont le nom est "usurpé" mènerait à l'application du droit belge. Défense serait alors faite à l'enfant de porter le nom du séducteur de sa mère, ce qui serait contraire à la règle burundaise du libre choix du nom. Au regard des tribunaux burundais, il serait moins question de la protection du nom du père présumé, que du droit de la mère d'adopter librement celui de l'enfant. Le raisonnement est identique en droit rwandais. Au Zaïre, l'aspect du problème est différent. Ici, la mère aurait l'obligation d'opter pour un nom zaïrois conformément aux dispositions de l'article 4, alinéa 1er de la loi du 20 juillet 1973 et de l'article 58 du Code de la Famille. Par conséquent, l'usage du patronyme du père présumé serait interdit, non en vertu du droit belge, mais du droit zaïrois.

(1) Les règles relatives à la concurrence déloyale et à la diffamation sont applicables en cas d'usage abusif de son propre nom. Il y a usage abusif lorsqu'il a pour but ou pour effet de porter atteinte, à l'aide d'une confusion dommageable, au crédit, à la réputation ou à quelque autre intérêt d'un tiers.

(2) V. notamment BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), *op cit.* p.30.

Il semble difficile de trancher définitivement en faveur du rattachement à la loi personnelle de l'individu dont le nom serait "usurpé", mais un système de *rattachements alternatifs* intégrant le *principe de proximité* dans les conflits de lois paraît pouvoir répondre au souci de trouver une solution matériellement satisfaisante(1). Il conviendrait ici d'appliquer alternativement les lois nationales de l'"usurpé et de l'usurpateur", compte tenu de la situation concrètement envisagée. Si au regard de l'ensemble des circonstances, il apparaît que la cause n'a qu'un lien très lâche avec la loi nationale de l'"usurpé", mais se trouve dans une relation visiblement plus étroite avec la loi nationale de l'"usurpateur", il y aurait lieu d'appliquer la loi nationale de ce dernier. Ainsi, s'il ressort, dans l'exemple précité, que la mère séduite a attribué à son enfant le nom du séducteur belge, dans l'intention de nuire, d'une quelconque manière, au crédit, à la réputation ou à tout autre intérêt du père présumé, l'on devrait appliquer la loi nationale de l'"usurpé" belge. Si par contre, il s'avère qu'en donnant à son enfant le patronyme belge du père présumé, la mère n'avait nullement l'intention de nuire à ce dernier, il faudrait alors appliquer la loi de l'"usurpateur", en l'occurrence celle de la mère.

 (1) V. LENAERTS (Koenrad), *op cit.*, p.131-132; LAGARDE (Paul), "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", in Recueil des cours de l'Académie de droit international, I, 1986, p.25.

Le principe de proximité exprime "l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un Etat avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui la prise". LAGARDE (Paul), *op cit.* p.25-26.

Visiblement, il n'y a donc pas lieu de modifier fondamentalement les principes régissant la discipline du nom. Mais il apparaît nécessaire de les adapter à la spécificité de la notion "identitaire" dans les Etats étudiés.

SECTION II: LE DOMICILE

§1- Notion de domicile

Le domicile, tel que défini dans les trois Etats, est un concept introduit par le législateur colonial. Le trait le plus marquant de sa définition est l'imprécision, car la notion sur laquelle il se base, le *principal établissement* (1), est elle-même déterminée à partir de facteurs subjectifs et objectifs soumis, le cas échéant, à l'appréciation souveraine du juge. Généralement les indices *objectifs* (demeure, centre d'intérêts matériels et d'affections) sont réunis au même endroit. Cela n'est cependant pas toujours le cas et il faut rechercher où se situe en fait le *principal établissement*. Interviennent alors les éléments *subjectifs* car les tribunaux s'inspirent de la volonté déclarée ou présumée de l'intéressé.

(1) V. Art.19; al.1 du Code burundais des personnes et de la famille; art.161 du Code zaïrois de la famille; art. 8 Décret-Loi rwandais n°01/81 du 16 janvier 1981 relatif au recensement, à la carte d'identité, au domicile et à la résidence. J.O., n°2 bis, 20 janvier 1981.

Dans les trois pays étudiés, il apparaît que l'élément intention prédomine et il est dès lors difficile de cerner la notion de domicile(1). Pour cette raison, la résidence acquiert une portée spéciale dans la mesure où elle produit les mêmes effets que le domicile, lorsque celui-ci n'est pas connu.

§2- Le domicile comme facteur de rattachement(2)

Même si les trois Etats étudiés font de la nationalité l'élément déterminateur du statut personnel; ils laissent au domicile une place subsidiaire qui lui permet de jouer un rôle important dans la matière des conflits de lois, notamment pour ce qui concerne les régimes matrimoniaux.

Le choix du domicile en tant que *facteur de rattachement*, même de manière alternative, n'est pas des plus judicieux. Le flou propre à cette notion ne permet pas en effet d'assurer une réelle sécurité juridique aux institutions familiales.

- (1) V. DE PAGE (Henri), Traité élémentaire de droit civil belge, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p.433 et s.; VERSTRAETE (Maurice) Droit civil du Congo belge, *op cit.*, p.164 et s. A noter que dans la loi rwandaise du 27 octobre 1988, le domicile est défini comme lieu où une personne garde des *attaches permanentes*, où elle peut être touchée à tout moment et où elle est inscrite au registre de la population (art.78)
- (2) Pour ce qui est de la détermination du domicile, rappelons que lorsque le domicile appartient à une règle de conflit de lois du droit interne, le facteur de rattachement est déterminé selon le droit interne de la *lex fori*, éventuellement d'après le droit en vigueur dans l'Etat auquel appartient la loi renvoyante. Si le domicile relève d'une règle de conflit de lois étrangère déclarée applicable par l'effet du renvoi, le domicile est déterminé d'après les règles présentes dans le système auquel appartient cette règle de conflit V. RIGAUX (François), Droit international privé, Tome II, Larcier, 1979, Bruxelles, p.229-231.

Il vaudrait sans doute mieux se rabattre sur la *résidence*. Celle-ci a l'avantage d'être facilement déterminable parce que caractérisée par un établissement effectif. Par ailleurs, ces dernières années ont vu se développer, principalement en Europe occidentale, le principe qu'un rapport de droit doit être régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits et qu'un litige doit être rattaché, autant qu'il est possible, au *for* le plus proche(1). Ainsi dans diverses conventions de La Haye, la *résidence habituelle* est l'un des facteurs (avec la nationalité) admis pour mesurer le lien existant entre une loi déterminée et un rapport de droit hétérogène.

L'option en faveur de la *résidence habituelle*, à la place du domicile, est due au souci d'éviter les difficultés qu'entraînent les différentes conceptions du domicile dans les divers droits nationaux(2).

L'usage d'une expression, "*la résidence habituelle*", considérée comme neutre et gisant en fait(3) pourrait ainsi éliminer les inconvénients tenants à la définition du domicile dans les trois pays étudiés.

-
- (1) LAGARDE (Paul), "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil des cours de l'Académie de droit international, I, 1986, p.27.
 - (2) van HECKE (Georges), "Principes et méthodes des conflits de lois", Recueil des cours de l'Académie de droit international privé, I, 1969
 - (3) *ibidem*.

CHAPITRE II

LE MARIAGE

Les règles de conflit de lois, relatives à l'établissement du lien conjugal, doivent être réexaminées eu égard aux particularités locales. D'une part, il y a risque de confusion dans l'application de la maxime *locus regit actum*, parce que la doctrine et la jurisprudence coloniales ne mettent pas en relief le fait qu'il existe, au Rwanda, trois modes de formation du mariage(1). D'autre part, l'institution de la dot, en tant qu'elle conditionne la validité du mariage quant au fond, ajoute une difficulté qui oblige, sinon à reformuler les principes énoncés, tout au moins à les réévaluer à la lumière du phénomène international.

Il n'est pas non plus inutile d'insister sur le fait que l'évolution des mœurs, impose un nouveau regard sur les rapports que doivent entretenir les époux. Il nous semble, à cet égard, que certaines règles appellent une modification.

(1) Le Burundi et le Zaïre ont connu la même situation avant les nouvelles codifications. Actuellement il existe au Zaïre, deux modes de formation du mariage. Le Burundi ne reconnaît plus que le mariage célébré devant l'officier de l'état civil. V. *infra* p.98

Il est apparu intéressant d'ajouter à l'étude des conflits de lois en matière de mariage, quelques propos sur les problèmes de rattachement législatif en cas d'union de fait. Si ce phénomène n'est pas réglementé dans les trois Etats étudiés, il n'en pose pas moins des problèmes juridiques, notamment ceux relatifs aux rapports patrimoniaux des concubins entre eux et avec les enfants communs.

SECTION I: ETABLISSEMENT DU LIEN CONJUGAL

Lors de l'établissement du lien conjugal, il se pose traditionnellement deux séries de questions, liées à la forme et aux conditions de fond du mariage.

Il importe de rappeler que le Rwanda connaît un régime spécial, qui peut induire en erreur le juriste étranger peu familiarisé à ce système juridique. Il existe en effet, trois formes de célébration du mariage. Certes, la doctrine et la jurisprudence coloniale avaient établi que les étrangers devaient se marier devant l'officier de l'état civil. Ce principe est à mettre en rapport avec le contexte colonial puisque le décret du 5 juillet 1948 était réservé uniquement aux autochtones. Les étrangers et les indigènes immatriculés étant régis par le droit civil, leur mariage devait également obéir aux formalités exigées par l'article 108 du Code civil - Livre Premier. Actuellement, outre le droit coutumier, le Rwanda a hérité des textes législatifs antérieurs à l'Indépendance, de sorte que le mariage y célébré selon l'une des trois formes est valable.

Quant aux publications, l'on sait qu'elles sont liées au fonctionnement de l'autorité appelée à célébrer le mariage et par conséquent, déterminées et organisées par celle-ci. Dès lors, le professeur de Burlet pose une bonne question quand il demande si la faculté de se marier sans intervention du pouvoir public (mariage coutumier, mariage religieux), ne va pas à l'encontre de la règle *auctor regit actum* dont il propose un "assouplissement" au regard des principes régissant la territorialité des autorités publiques. Il est en effet vrai que l'acte accompli est normalement passé devant l'autorité (coutumière ou religieuse) compétente selon la loi locale.

En ce qui concerne les conditions de fond, l'application de la règle de conflit de lois du Code civil Congolais (et du Code burundais) ne pose, en principe, aucun problème. C'est en matière de dot, que la compétence de la loi personnelle pour déterminer la validité du mariage, s'avère inefficace.

§1- Les conditions de forme du mariage

L'on distingue, au Rwanda, trois formes de mariage(1). La première est de droit écrit, se déroulant devant l'officier de l'état civil(2), la deuxième est la célébration selon les modes traditionnels et la troisième est le mariage de rite religieux. Ces deux dernières peuvent être soumises respectivement, à une procédure d'inscription et d'octroi du statut légal(3). Pour ce faire, les époux font conjointement la demande à l'autorité compétente.

-
- (1) Depuis le décret-loi du 15 janvier 1980, le Burundi ne connaît plus que le seul mariage célébré devant l'officier de l'état civil. V. art.114-118 Code des Personnes et de la Famille. Le Code Zaïrois a opté pour un système dualiste. Il retient les formes coutumières d'une part (célébration en famille) et un rite officiel unique devant l'Officier de l'état civil, d'autre part.

Dans le premier cas, on parle de "*mariage-constatation*" parce que les époux (ou leur mandataire) doivent se présenter devant l'officier de l'état civil du lieu de célébration en vue de faire constater le mariage et d'assurer la publicité par l'enregistrement. Il s'oppose ainsi au "*mariage-célébration*" contracté devant l'officier de l'état civil. Cette dualité en ce qui concerne la forme du mariage, serait, semble-t-il, justifiée par une nécessité pratique: l'étendue du territoire zaïrois ne permet pas toujours aux futurs époux de se présenter devant l'officier de l'état civil.

V.Art.374, al.1, du Code Zaïrois de la famille. KENGO-wa-DONDO, "Considérations sur le projet du nouveau Code de la Famille. "Bulletin des Arrêts de la Cour Suprême de Justice, Kinshasa, 1977, p.283; C.R.A, n°76 du 8 juin 1984.

- (2) Art.104-109 Cod.civ.rw. Cette forme est la seule retenue par la loi du 27 octobre 1988 (art.170, al.2)
- (3) V.Art.3, 4, 5 et 6 du décret congolais du 5 juillet 1948 (B.O., 1948; p.965) rendu exécutoire au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°31/130 du 5 septembre 1949 (B.O.R.U, 1950, p.155). V. aussi l'ordonnance n°21/164 du 16 mai 1949 portant mesure d'exécution du décret précité (B.A., 1940; p.934) rendue exécutoire au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°21/130 du 5 septembre 1949.

Celle-ci n'accède à leur requête qu'après vérification de certaines conditions de fond telles l'union monogamique, l'absence d'un lien de parenté au degré prohibé, la puberté de chacun des époux, le consentement de leur père s'ils ont moins de seize ans(1). Cette démarche est, en principe, facultative, c'est-à-dire laissée à la libre appréciation des conjoints. Aucun texte légal ne les y contraint(2), mais il semblerait que la pratique l'ait rendu obligatoire. En effet, si l'on en croit le professeur Dirix(3), les personnes mariées coutumièrement seraient considérées comme concubins, si ce mariage n'est pas inscrit. Cette opinion appelle quelques réserves. Il convient de préciser que la procédure d'inscription ne constitue pas en elle-même une forme de célébration. Elle ne concerne que le mariage coutumier déjà contracté exclusivement selon les règles traditionnelles ou préalablement célébré à la fois selon les règles coutumières et des rites d'un culte religieux(4).

(1) Art.2 décret du 5 juillet 1948.

(2) Un texte de 1961 a confié aux bourgmestres communaux l'enregistrement des naissances et des décès dans un registre *ad hoc*. Mais il est resté silencieux en ce qui concerne le mariage et le divorce. V. Ordonnance du 25 juillet 1961 sur le recensement et les mutations de la population, B.O.R.U., 1961; p.1215; art.19 et s.; NTAMPAKA (Charles), "De la validité du mariage civil célébré par les bourgmestres. R.J.R., vol. V, n°2, 1er avril 1981, p.212.

(3) DIRIX (Eric), "Quelques aspects civils du concubinage", R.J.R., vol.III, n°2, 1er avril 1979, p.135-141.

(4) V. NTAMPAKA (Charles), "De la validité du mariage civil célébré par les bourgmestres", *op cit.*, p.211. Selon l'art.1, al.33 du décret du 5 juillet 1948, par mariage coutumier, il faut entendre celui contracté à la fois suivant les règles traditionnelles et les règles d'un culte religieux.

L'inscription n'est alors admise que sur présentation d'une attestation de mariage délivrée par l'autorité compétente du lieu où il a été contracté(1). Cela signifie qu'elle n'est pas une formalité indispensable à la validité du mariage. Celui-ci est parfait du seul fait que les règles de droit coutumier ont été respectées. L'inscription doit donc s'analyser en tant qu'élément de preuve et non comme condition de validité du mariage. Elle ne fait qu'ajouter aux droits et obligations, des effets légaux identiques à ceux de l'union civile(2), compatibles avec un mariage monogamique(3). En d'autres termes, le mariage célébré dans les formes coutumières est valide, indépendamment de l'inscription, et soumis aux règles de droit traditionnel. L'inscription lui confère les effets prévus aux articles 7 et suivants du décret, tout en continuant à le soumettre aux règles de droit coutumier non contraires aux dispositions législatives. Il faut donc bien distinguer cette procédure de celle de l'octroi du statut légal qui, elle, peut être considérée comme une formalité nécessaire à la validité du mariage religieux.

(1) Art.2.1° de l'ordonnance n°31/64 du 16 mai 1949.

(2) Art.7 et s. du décret de 1948.

Ces effets consistent essentiellement dans l'imposition à chacun des époux des principales obligations du mariage civil: cohabitation, fidélité, secours, assistance, contribution aux charges du mariage, entretien et éducation des enfants communs.

(3) L'agent compétent ne peut, aux termes de l'article 3, al.2 de l'ordonnance du 16 mai 1949, procéder à l'inscription qu'après avoir reçu de chacun des époux la déclaration qu'ils ont la volonté de vivre dans l'état de monogamie. Cette disposition constitue aujourd'hui un anachronisme au regard de la Constitution rwandaise qui, en son article 25, al.1, interdit la polygamie.

En effet, la reconnaissance de celui-ci, sur le plan civil, se fait postérieurement à la célébration publique par un ministre du culte(1). Ce n'est que parce qu'il a reçu le statut légal conformément aux prescriptions déterminées par le décret précité, que le mariage religieux engendre des effets identiques à ceux de l'union civile(2).

Cette nature hybride du droit rwandais appelle quelques précisions sur l'interprétation du principe de droit international privé, selon lequel la forme du mariage est régie par la loi du lieu où il est célébré(3). D'après une jurisprudence et une doctrine coloniale constante, les étrangers devaient se marier devant l'officier de l'état civil(4), ce qui a

(1) Art.5.al.1 du décret du 5 juillet 1948;
Art.10 ordonnance du 16 mai 1949.

(2) Dans la pratique, le mariage religieux est généralement précédé de la célébration civile ou coutumière. Cela fait que, même sans être revêtu du statut légal, il tient sa validité au respect des formalités civile ou coutumière. La reconnaissance, sur le plan civil, du mariage religieux, est en fait un des moyens de pallier à la carence d'un état civil organisé. V. DROUINEAU (Bernard), "La validité du mariage catholique au regard de l'ordre public. R.J.A.B. 1968, 2ème trim. p.1.

(3) Art.12 Cod. civil rw.; Art.7. Code burundais des Personnes et de la Famille. L'article 15 du projet de loi relatif au droit international privé zaïrois, stipule que les conditions requises pour contracter mariage sont soumises à la loi nationale de chacun des époux, sans opérer de distinction entre le fond et la forme. Il faut cependant croire que celle-ci est implicitement faite puisque le commentaire du texte y fait allusion. Il est, en effet, rappelé que cette disposition est traditionnelle au droit zaïrois.

(4) A titre de coutume internationale, les pays étudiés admettent que les étrangers se marient devant l'autorité diplomatique ou consulaire qui les représente, agissant en qualité d'officier d'état civil du pays accréditant. A notre connaissance, aucun texte ne règle la question des mariages consulaires et diplomatiques (dans l'Etat du *for*) où serait concerné un national. Toutefois, dans la pratique, de tels mariages sont souvent célébrés devant les autorités publiques du *for*. V. aussi l'art.142, al.1 de la loi rwandaise du 27 octobre 1988.

empêché de considérer comme valides les mariages purement confessionnels(1). Se fondant sur l'argument selon lequel l'article 12 du Code civil de 1895 (article 8 du Code burundais) reconnaît expressément, le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum*, la jurisprudence a toujours appliqué l'article 8 du Code Civil qui exige, pour la célébration des mariages autres que ceux régis par la coutume, l'intervention d'un officier de l'état civil. Elle a, de ce fait, estimé inexistant aux yeux de la *lex loci*, le mariage religieux.

Cette solution avait, dans le contexte colonial une logique qui découlait du fait que le décret du 5 juillet 1948 était exclusivement réservé aux "indigènes" à l'exclusion des étrangers et des "indigènes immatriculés"(2).

Aujourd'hui, pareille attitude serait inconséquente, étant donné que la célébration du mariage dans les formes coutumières et religieuses, est reconnue par le droit rwandais, et que toute distinction entre immatriculés et non-immatriculés est désormais réputée inconstitutionnelle.

(1) COIPEL (MICHEL), "Répertoire de droit international privé zaïrois, R.J.Z., 1972, p. 88; de BURLET(Jacques) *op cit.* p.238 VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.* , p.277, Appel, Léopoldville, 14 août 1947, (R.J.C.B. 1948, p.56); Appel, Léopoldville, 23 septembre 1947, (R.J.C.B., 1948, p.60); Appel, Elisabethville, 13 janvier 1934 (R.J.C.B., 1934 p.27); Appel, Léopoldville 12 juillet 1935 (R.J.C.B., 1955 p.458); Appel, Kisangani, 2 juillet 1971, (R.J.Z.,1972, p.146): V. LAMY (Emile) note sous jugement, p.150.

(2) Le décret du 5 juillet 1948 régissait le mariage religieux des "indigènes" et ceux considérés comme tels, c'est-à-dire les "indigènes des contrées voisines.

Dès lors, la question qui se pose n'est pas tant de savoir s'il faut conserver ou non un caractère obligatoire à la règle *locus regit actum* (1). Même interprétée de manière impérative, elle tiendrait pour valable l'union confessionnelle explicitement prévue par le droit en vigueur au Rwanda. C'est ainsi que l'avait compris la jurisprudence burundaise, dès 1965. Elle avait alors admis la validité du mariage religieux musulman célébré entre Yéménites (2).

Si la publicité requise est celle de la *lex fori*, aucune disposition dans les trois Etats ne règle expressément les publications qui doivent précéder le mariage des nationaux à l'étranger. La solution la plus adéquate consisterait à soumettre ces formalités à la règle *auctor regit actum* (3). Etant liées au fonctionnement de l'autorité appelée à célébrer le mariage, il est en effet logique qu'elles soient déterminées par celle-ci.

- (1) de BURLET (Jacques), *op cit.* p.239; Elisabethville, 1ère instance, 3 août 1936, R.J.C.B., 1936, p.61.
- (2) 1ère Instance, Burundi, 31 décembre 1963 (R.J.D.C., 1964, p.37; v. aussi, 1ère instance Bujumbura, 16 avril 1969, R.C. 3019; Appel, Bujumbura, 8 janvier 1980, R.C. 4755: "Pour prouver sa qualité de femme légitime, la Cour demande à Dame M. de produire l'acte de mariage, qu'il soit religieux ou civil..."; "Attendu que le mariage musulman est soumis à certaines formes, que si Dame... se dit mariée suivant les rites de la religion islamique, elle serait capable de fournir une attestation délivrée par le représentant de la religion islamique qui a célébré le mariage..."
- (3) RIGAUX (François) Droit international privé. Tome II *op cit.*, p.251.

Le Professeur de Burlet s'est toutefois demandé si la faculté de se marier sans l'intervention d'une autorité publique ne va pas à l'encontre de la règle *auctor regit actum*(1). Nous pensons, comme il le propose, qu'il faudrait assouplir cette règle "au regard des principes régissant la territorialité des autorités publiques, dans la mesure où il ne s'agit simplement que de reconnaître des effets civils à un acte privé auquel a participé une autorité compétente selon la loi personnelle des parties"(2).

*

* *

L'on peut également se demander si la règle de conflit applicable aux conditions de fonds du mariage, ne réclame pas aussi un assouplissement, eu égard aux problèmes soulevés par la dot.

(1) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.239-240.

(2) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.239-240

Dans le cas d'un mariage religieux, l'autorité publique chargée de conférer le statut légal se borne à vérifier si les conditions de publicité dans lesquelles l'union a été célébrée sont remplies (art.6 du décret du 5 juillet 1948). Quant aux cérémonies coutumières, même si elles n'ont aucune forme légalement établie, elles sont considérées comme participant à la publicité du mariage. V. NTAMPAKA (Charles), "De la validité du mariage civil célébré par les bourgmestres", *op cit.* p.218. Toutefois, pour des raisons que nous développons plus loin (v. *infra* p.112). La dot ne devrait plus être considérée comme une condition nécessaire et obligatoire, en tant qu'elle participe à cette publicité.

§2- Les conditions de fond du mariage:

la problématique de la dot matrimoniale en droit international privé

La dot suscite, en droit international privé, une série de questions découlant l'une de l'autre: est-elle une condition de fond ou une condition de forme? Quelle est la loi applicable pour en déterminer les créanciers et les débiteurs? Quelle serait l'étendue de la compétence de l'autorité étrangère appelée à célébrer le mariage, dans l'appréciation des situations exceptionnelles, telles l'exemption ou l'évaluation de la dot? La perversion de l'institution, consécutive à l'introduction de l'économie monétaire dans les sociétés africaines, permettrait-elle encore l'application de la règle de conflit dégagée, quelle qu'elle soit? Pour tenter de répondre à ces questions, il serait utile de rappeler brièvement ce qu'est cette institution, d'une certaine importance dans la plupart des droits africains.

A. L'institution

En Afrique, le terme "dot" traduit généralement les biens remis par la famille du futur époux à celle de la fiancée. Dans le contexte africain, ce vocable ne revêtirait donc pas la même signification que la dot européenne, qui consiste en des "biens qu'apporte la femme en mariage ou donnés aux époux par les parents ou par des tiers en vue du mariage"(1).

(1) Dictionnaire Petit Larousse, Ed. 1986 p.326.

Traditionnellement, la valeur *symbolique* de la dot était mise en valeur, en tant qu'elle scellait l'alliance entre deux familles. L'économie monétaire a cependant occulté l'aspect social de l'institution, au point qu'elle est devenue un véritable frein au mariage, en raison de son évaluation excessive(1). Pour éviter de tels abus, certains Etats comme la Côte d'Ivoire, le Gabon et la République Centrafricaine, ont prévus de sérieuses pénalités à l'encontre de ceux qui sollicitent ou reçoivent une dot. D'autres, comme la Guinée, le Mali ou le Sénégal imposent un taux maximum à ne pas dépasser. C'est cette tendance qui a prévalu au Zaïre(2). L'Ethiopie et la Tanzanie tolèrent la dot, en spécifiant que le non-paiement n'entraîne pas la nullité du mariage(3). Cette approche est identique à la solution burundaise, puisque la dot est facultative et dépourvue de tout effet juridique(4). Le nouveau législateur rwandais a opté pour la même solution(5).

- (1) KENGO wa DONDO, "Considérations sur le projet du nouveau code de la famille", *op cit.* p.276.
- (2) *ibidem*, p.277 et s.; Code Zaïrois de la Famille, art.367; Commentaires du projet de Code, *op cit.* p.114-115.
- (3) KENGO wa DONDO, "Considérations sur le projet du nouveau Code de la Famille", *op cit.* p.277.
- (4) Art.90 Code burundais des Personnes et de la Famille:
"La validité du mariage ne peut être conditionnée par le versement d'une dot, même dans le cas d'un engagement écrit du futur époux".
- (5) Art.168, al.2 de la loi du 27 octobre 1988: "La validité du mariage ne peut-être conditionnée par le versement de l'INKWANO (dot)".

Le caractère complexe de la dot fait qu'elle se prête mal à une simple classification sous la rubrique des conditions de fond ou celles de forme. C'est qu'elle tient, en réalité, de l'une et de l'autre. D'autre part, elle participe aux conditions requises à la publicité du mariage, même si elle n'est pas nécessairement exigée dans la phase préliminaire à la célébration(1). A ce titre, elle peut être considérée comme participant aux conditions de forme. D'autre part, la dot légitime le mariage aux yeux du droit coutumier.

(1) Chefferie Buyenzi (Rwanda), 25 mai 1949, (B.J.R.U., 1954, p.717); Chefferie Nyaruguru (Rwanda), 6 juin 1954, (B.J.R.U., 1954, n°13, p.787); Chefferie Bushumba-Nyakare (Rwanda), 8 juin 1950 (B.J.R.U.) 1954, n°13 p.741; Chefferie Bushumba-Nyakare (Rwanda), 22 juillet 1949 (B.J.R.U.) 1954, N°13, p.733; Chefferie Bushumba-Nyakare (Rwanda), 10 août 1951, (B.J.R.U., 1954, N°13, p.731); V. DE CLERCK (Louis), Répertoire général de droit coutumier du Ruanda-Urundi, 1981, Tervuren. Constitution de la dot", n° 1-10; ; V. PAUWELS (Johan M.), Répertoire de droit coutumier congolais, *op cit.* n°1-3. L'article 361, al.2 du Code zaïrois spécifie cependant que "le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée, au moins en partie".

Elle en constitue l'élément indispensable à sa validité(1). Vue sous cet angle, elle en est une condition de fond. Et parce qu'elle perd aujourd'hui de sa fonction de publicité au profit des méthodes de droit écrit (enregistrement de fait ou de droit du mariage aux registres de l'état civil), elle relèverait d'avantage de cette dernière catégorie. Une telle classification serait d'autant plus justifiée, que la dot resté au Rwanda (jusqu'à mise en application de la loi du 27 octobre 1988) et au Zaïre, un préalable à la validité du mariage(2).

En tant que condition de fond du mariage, la dot devrait donc relever de l'application distributive des lois nationales, lorsque les époux sont de nationalités différentes. Cette règle se heurte cependant à deux obstacles. D'une part, les difficultés insurmontables dans la connaissance du contenu des droits coutumiers rend cette solution pratiquement inapplicable. D'autre part, il existe dans maints cas, une impossibilité de concilier les exigences des différentes coutumes.

- (1) 1ère instance Burundi, 27 janvier 1965, R.J.R.B., 1965 n°1, p.27; Chefferie Buhanga-Ndara. (Rwanda), 19 octobre 1946 (B.J.R.U. 1954, n°13, p.771); Chefferie Mvejuru (Rwanda), 10 avril 1947 (B.J.R.U. 1954, n°13, p.765) Chefferie Mvejuru (Rwanda), 9 juillet 1947 (B.J.R.U. , 29 octobre 1948 (B.J.R.U. 1954, n°13 p.745); v. DE CLERCK (Louis), Répertoire général de droit coutumier du Ruanda-Urundi, *op cit.* n°11-20.
- (2) V. Commentaires du projet de Code zaïrois de la Famille *op cit.* p.13; NTAMPAKA (Charles), " Le non-paiement de l'*inkwano* et ses effets sur l'attribution des enfants", R.J.R, vol. III, n°1, 1er janvier 1979, p.17; BUSHAYIJA (Stanislas), *op cit.* p.70; PAUWELS (Johan M.) Répertoire de droit coutumier congolais, *op cit.* p.114-125.

B. Impossible application distributive des lois nationales à la dot

En vertu de l'article 97 du Code burundais des Personnes et de la famille et de l'article 107, alinéa 4 des Codes civils zaïrois et rwandais, la loi personnelle des époux est compétente pour déterminer la validité du mariage quant aux conditions de fond. A défaut de nationalité commune, l'on applique distributivement leurs lois nationales respectives(1). Ainsi, l'âge de la nubilité, la capacité matrimoniale, la détermination du consentement, l'aptitude à contracter mariage, relèvent pour chacun des époux, de son statut personnel au moment de la célébration de l'union conjugale. Qu'en est-il de la dot? Comme préalable à la validité du mariage, elle pose en droit international privé, deux types de questions: Quelle est la loi (ou la coutume) applicable pour en déterminer les créanciers et les débiteurs? Que doit décider l'autorité étrangère appelée à célébrer le mariage, si la condition n'est pas réalisée?

Si les époux sont soumis à deux coutumes (ou lois) différentes, les conditions relatives à la dot devraient donc, par une application distributive des coutumes (ou lois) en présence, pouvoir déterminer le ou les bénéficiaires de la dot.

(1) 1ère instance, Boma, 30 septembre 1936 (R.J.C.B., 1936, p.191); 1ère instance, Urundi, 31 octobre 1961 (R.J.C.B., 1963, p.17); 1ère instance, Burundi, 31 décembre 1963 (R.J.D.C., 1964, p.37).

Cette solution est cependant irréaliste et impraticable. D'une part, elle suppose la parfaite connaissance du contenu des droits coutumiers applicables. Ce qui n'est pas toujours le cas, surtout dans un pays comme le Zaïre où en existent des centaines(1). A défaut d'indications précises, on se livrerait à des approximations susceptibles d'engendrer d'interminables contestations. D'autre part, la diversité des coutumes peut être telle qu'il s'avérerait impossible de concilier les exigences de chacune d'elles(2). Il conviendrait alors de minimiser les occasions conflictuelles en soumettant les conditions relatives à la dot à une seule coutume.

-
- (1) Le problème se pose surtout au Zaïre, car le droit coutumier rwandais est homogène, donc relativement accessible. V. BUSHAYIJA (Stanislas), *op cit.* p.197-198.
- (2) Par exemple dans le cas du Zaïre, selon certaines coutumes, la part dotale revenant au père est très considérable, selon d'autres, l'oncle maternel acquiert la grande part. Dans de nombreuses coutumes, la dot est versée en partie à la branche paternelle de la famille de la femme et en partie à la branche maternelle, selon des proportions fixées différemment de coutumes à coutumes.
- Dans certaines autres coutumes, lorsque dans un foyer il y a plusieurs filles, les dots respectives versées pour elles reviendront à tour de rôle à certains parents. (v. commentaires du projet zaïrois de Code de la Famille, *op cit.* p.14). Les bénéficiaires de la dot peuvent aussi être différents d'une coutume à l'autre. Il est donc impératif d'en connaître le ou les vrais destinataires, car le mariage peut être considéré comme inexistant, s'il est réalisé par versement de la dot à un parent autre que l'ayant droit coutumier v. PAUWELS (Johan M.), Répertoire de droit coutumier congolais, *op cit.* , p.116-119, n°12 à 33; DE CLERCK (Louis), Répertoire général de droit coutumier du Ruanda-Urundi, *op cit.* n°11 à 20.

Il s'agit de faire preuve de réalisme, car il n'est pas possible d'unifier les droits coutumiers en ce qui concerne la dot, l'obstacle de leur diversité demeurant insurmontable(1). A cet égard, la jurisprudence coloniale a tranché le conflit interne en faveur du droit coutumier régissant la femme(2). Cette solution, entérinée par le Code zaïrois(3), a l'avantage d'être aisée et son adoption comme règle internationale de conflit serait opportune, puisqu'elle est déjà consacrée par la pratique sociale dans les trois Etats(4).

La mise en oeuvre de cette règle de conflit susciterait cependant des difficultés liées à une certaine attitude face au droit. En effet, il se peut que pour une raison ou une autre, ceux qui, normalement, doivent recevoir la dot, la refusent, ou encore, qu'il y ait impossibilité matérielle pour le futur époux de remplir cette obligation.

- (1) V. Commentaires du projet zaïrois de Code de la Famille, p.14.
- (2) Pq. Haut-Katanga, 12 août 1955, J.TO., 1956; p.137 B.J.D., 1958, p.273. Terr. Léopoldville, n°7116, 13 septembre 1955, B.J.I., 1957, p.52 PAUWELS (Johan M.), Répertoire de droit coutumier congolais, *op cit.*
- (3) Art.369, al.2, du Code zaïrois de la famille.
- (4) La pratique veut qu'en ce qui concerne la dot, le futur époux respecte les formalités prescrites par la coutume de la femme. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une règle de droit coutumier, mais d'un usage répandu, certainement pour des raisons de convenance sociale. Il semblerait d'ailleurs que cette pratique soit assez répandue en Afrique. L'application de la coutume de la femme peut, selon Francescakis, sembler curieuse pour les conceptions européennes, mais elle s'expliquerait selon lui par la prééminence dans le mariage africain de la famille de l'épouse, prééminence confirmée par l'institution de la dot.

Si l'on s'en tient à une réponse théorique, le mariage ne pourrait pas être célébré si les dispositions internes du droit applicable (loi de la future épouse) ne sont pas respectées. Par exemple si la dot n'a pas été payée. Il se pose alors un problème de choix entre le respect des dispositions du droit applicable, qui dans ce cas interdit la célébration du mariage, et la nécessité de défendre un principe fondamental: le droit au mariage.

C. Pour une application facultative de la loi personnelle
à la Convention dotale

Si deux zaïrois ou deux rwandais (ou un couple rwando-zaïrois) veulent se marier au Burundi(1), l'officier de l'état civil doit, en principe, s'assurer que les futurs époux ont établi la convention dotale exigée par la coutume de la femme(2).

-
- (1) Le raisonnement que nous développerons est valable si le mariage est célébré dans l'un des deux autres Etats. Excepté l'hypothèse où la loi nationale de la femme serait burundaise. La dot n'est plus une condition de mariage en droit burundais.
 - (2) Nous adopterons évidemment comme point de départ, l'hypothèse que la règle de conflit rendrait applicable la coutume de la femme.

Qu'en sera-t-il s'il y a contestation, et que la dot est refusée par ceux qui, selon la coutume applicable, doivent la recevoir? Ou que le futur époux se trouve dans l'impossibilité matérielle de s'acquitter de l'obligation? Normalement l'officier d'état civil burundais devrait refuser de célébrer le mariage, car cet officier public est lié par la règle selon laquelle "les étrangers ne peuvent contracter mariage au Burundi que s'ils remplissent les conditions fixées par leur loi nationale(1)".

Une interprétation aussi stricte de cette règle de conflit ne risque-t-elle pas de porter atteinte au droit de se marier(2)?

Dans ce cas, les futurs époux ne seraient-ils pas en droit de faire valoir leur liberté de se marier? La réponse doit, nous semble-t-il, être affirmative pour des motifs d'ordre public. En soi, la dot, qui symbolise l'alliance entre deux familles, ne présente rien de contraire à l'ordre public burundais. Cependant l'introduction d'une économie monétaire a complètement dénaturé cette fonction initiale, au point qu'elle est devenue presque uniquement une source de revenus pour certains parents. L'institution a, par ailleurs, perdu sa signification de preuve du mariage.

(1) Art. 95 Code burundais des Personnes et de la Famille.

(2) V. Art.334 du Code zaïrois de la famille; art.19, al.2 de la constitution du Zaïre. Art.16, chiffre 1 de la déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

Sa valeur économique et commerciale ayant pris plus d'importance(1). Observée sous cet aspect, elle devient immorale, dangereuse pour l'ordre social. Dès lors, en partant du constat qu'en droits coutumiers rwandais et zaïrois, la dot a, par essence, une valeur *symbolique*, et du postulat selon lequel le mariage est un droit fondamental que tout Etat se doit de garantir et de protéger, il conviendrait d'écarter toute démarche tendant à entraver la liberté de se marier. Le refus d'accepter la dot traduit en fait, une opposition ambiguë des parents au mariage de leur fille. Soit qu'ils estiment que la "compensation matrimoniale" n'est pas suffisante, soit qu'ils refusent, en rusant sur la dot, d'accorder la main de leur fille à telle personne(2).

Or, dans les droits traditionnels, le futur époux peut être dispensé du paiement de la dot, s'il n'a pas les moyens suffisants de s'acquitter de l'obligation(3). En outre, vu le caractère éminemment social de l'institution, il est possible de contrecarrer les abus éventuels en reconnaissant aux autorités étrangères, le pouvoir d'exercer le même contrôle que celui prévu par les droits coutumiers et le Code zaïrois de la famille.

- (1) V. BIGANGARA (Jean-Baptiste), *op cit.*, p.75; KENGO-wa-DONDO, "Considérations sur le nouveau projet de Code de la Famille", *op cit.* p.19; NTAHOKAJA (Jean-Baptiste), "tendances actuelles", *CEPSI* n°27, p.199-205; Exposé des motifs du Code burundais des Personnes et de la famille, *op cit.*, p.6-7.
- (2) Ces deux raisons peuvent motiver le refus des parents au consentement du mariage, indépendamment du fait que la fiancée est mineure ou non.
- (3) BIGANGARA (Jean-Baptiste) *op cit.*, p.67 et s. BUSHAYIJA (Stanislas), *op cit.*, p.70.

Ainsi l'officier d'état civil burundais pourrait célébrer le mariage, sans tenir compte de la dot, s'il estime qu'elle est exagérée ou que le futur époux n'a pas les moyens suffisants de s'en acquitter, ou même que le refus des parents de l'accepter est la manifestation d'un abus de l'autorité parentale. Une telle attitude serait en réalité, conforme à l'esprit des droits rwandais et zaïrois. Toutefois, ce contrôle *administratif* n'empêcherait pas, après le mariage, un examen *judiciaire* en cas de contestation. Le tribunal se contenterait alors de vérifier si le consentement des époux a été donné librement, et si telle était le cas, le mariage serait confirmé.

Il s'agit donc de prendre un peu plus en considération les situations qui pourraient porter atteinte à des principes fondamentaux, tels que le *droit de se marier* ou l'*égalité des époux*. Il en est de même pour ce qui concerne les effets du mariage.

A ce propos, il est intéressant d'observer l'expérience de la République fédérale d'Allemagne, depuis la décision du tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971. Celui-ci avait estimé que le respect de la liberté matrimoniale à l'encontre de la loi étrangère peut être acquis, "en admettant que les droits fondamentaux constituent une barrière qui limite directement l'application du droit désigné par la règle de conflit".

Ainsi, les règles allemandes de droit international privé devraient-elles être subordonnées à ces droits fondamentaux, dont celui de la *liberté matrimoniale*, déduit de l'interprétation de l'article 6 al. 1 de la constitution fédérale(1). Celui-ci place "le mariage et la famille sous la protection spéciale de l'ordre étatique". Le tribunal constitutionnel fédéral avait à cet effet souhaité une refonte du droit international privé allemand, appelé à se mettre en harmonie avec la loi fondamentale(2).

La loi du 25 juillet 1986 a traduit en dispositions légales des considérants sur lesquels le tribunal constitutionnel a fondé son arrêt du 4 mai 1971. Ainsi la validité du mariage quant aux conditions de fond est gouvernée par la loi nationale des futurs époux (lorsqu'ils sont de nationalités différentes, on recourt à l'application distributive des deux lois nationales). Mais comme la liberté de contracter mariage est garantie par la constitution, la loi allemande remplace la loi nationale du fiancé ou de la fiancée étrangers, lorsque le refus de la célébration du mariage est incompatible avec la liberté du mariage(3).

(1) G.G. = Grundgesetz = loi fondamentale

(2) v. LABRUSSE (Catherine), "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale", Revue critique de droit international privé, 1974, n°1, p.1 et s.

(3) Art.13, al.2, EGBGB; STURM (Fritz), *op cit.*

SECTION II: LES EFFETS DU MARIAGE

Dans les circonstances actuelles de l'évolution sociale, la solution des conflits de lois ne devraient plus être basée sur des réflexes tenant à l'inégalité des époux. C'est à partir de cette observation, que nous allons proposer l'application de la loi d'autonomie aux effets personnels du mariage. Elle tient au respect de l'égalité des conjoints, dans la mesure où elle exprime un choix commun, appelant à un engagement réciproque des partenaires de l'association conjugale. En cas de désaccord entre époux ou si ceux-ci n'ont pas prévu la loi applicable aux effets personnels de leur mariage, il y aurait lieu d'appliquer leur loi nationale commune ou à défaut, celle de leur résidence habituelle commune. Développons quelque peu ce point de vue.

§1- Effets sur les rapports personnels des époux

Les rapports personnels des époux sont, au Rwanda et au Zaïre, régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Cette règle anachronique devrait être modifiée étant donné l'évolution des sociétés et du droit contemporain. Certes, elle présentait des avantages juridiques vu que le conflit mobile et la question de la loi applicable aux effets personnels du lien matrimonial étaient résolus en même temps. Le choix de la loi du mari ne peut cependant plus se justifier dès lors que l'on proclame l'égalité entre époux. En outre, se satisfaire uniquement de l'avantage qu'offre cette solution pour résoudre le conflit mobile, serait quelque peu excessif. Il paraît en tout cas anormal que les effets

personnels du mariage restent soumis, dans le temps, à une loi à laquelle le mari aurait cessé d'appartenir suite à un changement de nationalité.

Cette règle n'est d'ailleurs plus actuelle, puisque la tendance des législations modernes est d'opter pour la loi nationale commune des époux si elle existe, et à défaut, de retenir le domicile commun ou le dernier domicile commun comme facteur de rattachement subsidiaire. Il convient cependant de noter qu'en droit Suisse, le domicile constitue le rattachement principal des effets personnels du mariage. Ceux-ci sont en effet régis par le droit de l'Etat dans lequel les époux sont domiciliés(1). A défaut de domicile commun dans le même Etat, les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit(2). La loi allemande du 25 juillet 1986 a quant à elle opté pour un rattachement successif selon ce qu'on appelle "*échelle de Kegel*". En règle générale, le législateur allemand s'en tient au rattachement à la nationalité commune des époux, mais s'en écarte dans les hypothèses où l'égalité des sexes exclut de donner la priorité à la nationalité du mari ou de la femme.

(1) Art.48, al.1, L.D.I.P.

(2) Art.48, al.2, L.D.I.P. Mais le droit suisse s'applique lorsque le *for* suisse d'origine est compétent (art.48, al. 3, L.D.I.P.) en vertu de l'art.47, L.D.I.P.

Ainsi lorsque les époux sont de nationalités différentes, la nationalité cède le pas dans l'ordre(1):

- soit à la dernière nationalité commune pourvu qu'un des époux l'ait gardée;
- soit à la résidence habituelle commune des époux;
- soit à la dernière résidence habituelle commune pourvu qu'un des époux l'ait gardée;
- soit à la loi de l'Etat avec lequel les époux gardent en commun le lien le plus étroit d'une quelque autre manière.

Enfin sous certaines conditions, les effets personnels du mariage peuvent être soumis à la loi de l'autonomie(2)..

Le législateur burundais ne s'est toutefois pas inspiré de ces solutions étrangères. Il a quelque peu modifié la règle du Code civil de 1895, en retenant le principe d'autonomie pour régir les rapports personnels des époux. La loi du mari garde cependant son importance puisqu'elle est l'alternative à l'absence de convention.

(1) Art.14, al.1. EGBGB; V. SONNENBERGER (Hans-Jürgen), "introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986", Revue critique de droit international privé, 1987, n°1, p.13 et s.; STURM (Fritz), *op cit.*

(2) Art.14, al.2 et 3 EGBGB.

Il nous semble judicieux d'opérer une synthèse entre la tendance des droits modernes et le principe de l'autonomie de la volonté. Il faudrait, pour ce faire, partir de l'hypothèse que l'étendue de la liberté donnée aux époux doit se limiter à leurs lois nationales respectives (en excluant tout autre accord conventionnel)(1). L'objectif serait d'obtenir une certaine stabilité de la loi applicable au lien matrimonial, en basant le choix des époux sur un facteur peu changeant (la nationalité), en tout cas moins variable que le domicile ou la résidence. Ce facteur présente un lien évident avec les effets personnels du mariage, la communauté de vie qui unit les époux atténuant le manque de lien effectif entre époux et la nationalité du conjoint sur laquelle se serait opéré le choix. Telle est l'idée que nous allons à présent développer.

Le principe d'application de la loi nationale, à laquelle appartenait le mari au moment de la célébration du mariage, aux rapports personnels des époux(2), reflète bien les idées d'une époque où la femme mariée prenait généralement, de plein droit, la nationalité de son époux. La loi de celui-ci devenait automatiquement celle du ménage(3). Cette solution présente incontestablement cet avantage qu'en soumettant, dans le temps, les effets du mariage à une loi unique localisée dans le temps, elle règle définitivement le conflit mobile.

(1) V. *infra* p.124

(2) Art.12, al.2 Code civil rw. et Cod. civ. zaïr.

(3) V. RIGAUX (François), *Droit international privé*, T.II, *op cit.* p.260.
BATIFFOL (Henri)et LAGARDE (Paul), *op cit.* p.65.

Ce principe a toutefois l'inconvénient d'être à la fois irréaliste et arbitraire. Il paraît illogique de soumettre les époux à une loi qui leur serait devenue totalement étrangère; celle-ci peut contenir des normes qui ne correspondent en rien à la nouvelle société à laquelle le couple entend s'identifier(1). En outre, le rattachement à la loi du mari contrevient au principe d'égalité des sexes, plusieurs fois réaffirmé par les législations contemporaines et les constitutions des Etats des Grands Lacs(2).

La volonté de respecter l'égalité des époux a poussé les rédacteurs du projet de Code zaïrois relatif au droit international privé, à opter pour la loi nationale des époux(3), et à défaut de nationalité commune, de soumettre les effets relatifs à leur personne à leur domicile commun (ou à leur dernier domicile commun). Ce rattachement alternatif apparaît aux yeux des rédacteurs du projet, "comme un compromis qui puisse satisfaire les

- (1) Outre le cas des époux ayant changé de nationalité, il convient d'inclure dans cette hypothèse ceux qui ont conservé leur nationalité, mais installés depuis très longtemps dans un autre pays. Ils pourraient y être suffisamment intégrés, sinon assimilés, au point d'avoir adopté le mode de vie et les valeurs du pays hôte. L'application de la loi nationale à leurs rapports personnels paraîtrait alors comme anachronique, si les normes qu'elle contient ne correspondent pas à leur idéal de vie. Dans pareille circonstance, il serait souhaitable de laisser aux tribunaux du *for* l'opportunité d'appliquer, à défaut de conventions entre époux, soit leur loi nationale, soit la *lex fori*.
- (2) Art.12 Constitution du Zaïre; Art.16 constitution du Rwanda; Art.11 constitution du Burundi (suspendue le 3 septembre 1987).
- (3) Art.16 du projet de Code zaïrois relatif au droit international privé.

législations des deux conjoints"(1). En droit burundais, la règle en la matière est l'autonomie de la volonté, mais à défaut de convention commune, les effets personnels du mariage sont soumis à la loi du mari au moment de la célébration du mariage(2). Cette règle récente dans la législation burundaise, semble également avoir séduit les rédacteurs du nouveau Code rwandais(3).

- (1) V. Commentaires du projet de Code zaïrois relatif au droit international privé. Doc. n°08/CPRDZ/003/76, p.8. Il s'agit d'une innovation par rapport au code civil en vigueur. Actuellement, lorsque la nationalité du mari n'est pas connue, c'est la solution de l'article 8 qui est adoptée, c'est-à-dire qu'il faut recourir à la *lex fori*.
Le législateur de 1895 n'a, en effet, pas entendu utiliser le domicile comme facteur de rattachement. V. de BURLET (Jacques), *op cit.* p.243-244.
- (2) Art.7 Code burundais des Personnes et de la Famille. Le législateur burundais a écarté le rattachement alternatif en faveur de la loi du domicile des époux, pour la raison qu'elle impliquerait un changement de loi avec tout transfert du domicile d'un Etat à l'autre. Or, dit le commentaire du texte, "il ne paraît pas concevable que la loi régissant les rapports personnels des époux puisse changer au gré des changements de domicile. "Conscient sans doute du fait que le recours à la loi du mari ne serait pas à l'abri de critiques, les rédacteurs du Code se sont empressé de préciser que "la préférence accordée à la loi du mari ne rompt pas le principe d'égalité des conjoints posé par le présent (Code), elle choque seulement une idée superficielle d'une inégalité qui disparaît et qu'elle est impuissante à faire renaître".
Exposé des motifs du projet de Code de la Famille, *op cit.* p.2.
- (3) Art.235, b., de la loi du 27 octobre 1988.

Bien que la plupart des systèmes juridiques considèrent les dispositions du droit de la famille comme d'ordre public, et partant, les excluent du champ d'application de la loi d'autonomie, celle-ci nous paraît mieux à même de régler les conflits de lois relatifs aux effets personnels du mariage. Le domicile est instable et implique un changement de loi, chaque fois qu'il est transféré d'un Etat à l'autre. Dès lors, le facteur domicile offre peu de sécurité juridique pour la situation matrimoniale des époux.

Quant à la loi du lieu de célébration, elle devrait être écartée car elle n'est qu'un élément conjoncturel. Il arrive bien souvent, que les époux contractent mariage, par raison de commodité, dans un Etat auquel ils ne se rattachent ni par leur nationalité, ni par leur domicile. Le lieu de célébration devient alors "un incident insignifiant" qui ne devrait normalement pas posséder une influence quelconque sur les effets personnels du mariage.

La loi d'autonomie, telle que limitée au choix de l'une des lois nationales, offre un double avantage. D'une part, elle est stable car elle repose sur un facteur qui l'est relativement lui-même: la *nationalité*. Il est évident que l'on change moins fréquemment de nationalité que de domicile. D'autre part, les effets personnels du mariage sont objectivement plus rattachés à la nationalité qu'au domicile ou au lieu de célébration qui ne sont, pour la plupart du temps, que des facteurs circonstanciels. Il est vrai que les effets du mariage sont moins liés à la loi du conjoint dont la nationalité n'est pas retenue, mais la communauté de vie qui unit

les époux peut en atténuer l'écart. Le vrai problème se situe plutôt dans l'étendue de la liberté laissée aux conjoints.

Il faudrait, pour les effets personnels, limiter le choix des conjoints à leurs seules lois nationales. La préférence accordée à l'une des lois, ne romprait pas alors le principe d'égalité des époux, puisque l'exercice de l'option supposerait leur accord commun. L'on pourrait en outre poser comme règle que l'option exercée par les parties serait définitive et irrévocable.

Une exception devrait cependant être admise en cas de changement de nationalité des conjoints ou celle de l'un d'eux. Dans cette hypothèse il serait, en effet, peu logique qu'ils continuent d'être régis par la loi de la nationalité à laquelle ils ont cessé d'appartenir. On peut envisager un renouvellement de l'option dans le cas où le changement intervient dans le chef de celui dont la loi avait été choisie pour régir les effets personnels du mariage. Si les époux changent ensemble de nationalité, la loi de la nouvelle nationalité commune deviendrait compétente pour régir les effets personnels du mariage.

Si l'option n'a pas été exercée, il serait préférable de rattacher subsidiairement les effets personnels du mariage à leur résidence habituelle commune (ou à leur dernière résidence habituelle commune). Celle-ci est facilement déterminable parce que caractérisée par un établissement effectif, qui lui donne un avantage sur le domicile. En effet, dans les pays étudiés, le domicile ne correspond pas toujours à la

localisation de fait.

§2- Effets patrimoniaux

En la matière, le principe dans les trois Etats étudiés est de soumettre le régime matrimonial à la loi désignée par la convention conclue par les époux.

Ce paragraphe analyse les effets du mariage sur le patrimoine des époux, en tenant compte du fait que le Burundi et le Rwanda n'organisent pas de régime matrimonial légal, alors qu'au Zaïre la législation est récente.

A. Les époux établissent un contrat de mariage

1. Compétence de principe de la loi d'autonomie

Le régime matrimonial est déterminé, en principe, par la convention conclue par les époux(1).

(1) Art.12, al.4, Cod. civ. rw. et Cod. civ. zaïr.; art.7, c Code burundais des Personnes et de la Famille.

Ceux-ci sont libres de désigner la loi applicable à leur contrat de mariage(1). La détermination de cette loi régissant les effets du régime conventionnel n'a pas posé de problèmes aux tribunaux des pays étudiés(2).

La loi d'autonomie paraît recueillir l'assentissement de la plupart des législations modernes. Aussi, la véritable question est celle de son étendue. Les propositions de la Conférence de La Haye sont intéressantes en ce qu'elles offrent deux avantages. D'une part, elles tiennent compte de l'existence d'un certain lien effectif entre les époux et la loi applicable. D'autre part, l'utilisation de la résidence comme facteur de rattachement conviendrait aux Etats étudiés(3). Cependant du fait de l'absence de législation en matière de régimes matrimoniaux au Rwanda et au Burundi, et en attendant que le nouveau droit zaïrois s'affirme à travers la jurisprudence, il semble préférable d'accorder aux époux une autonomie un peu plus étendue que celle préconisée par la conférence de La Haye, au moins tant que la lacune des droits étudiés persistera.

- (1) Cela n'est pas exactement spécifié par les droits en vigueur dans les trois pays. Mais c'est conforme au principe d'autonomie qui régit la matière des contrats. V. RIGAUX (François), Droit international privé. T.II; *op cit.* p.437. et art.20, al.2 projet zaïrois de droit international privé.
- (2) Ni, semble-t-il, aux tribunaux belges, v. RIGAUX (François), Droit international privé. T.II, *op cit.* p.437.
- (3) La résidence offre, pour ces pays, la certitude d'une localisation qui correspond à l'établissement effectif des époux.

En l'absence de solutions jurisprudentielles pour l'hypothèse où les époux n'ont pas expressément déclaré dans leur contrat à quelle loi ils entendaient se soumettre, la détermination de leur volonté implicite pourrait, comme le propose le professeur Rigaux(1), résulter de la référence à un régime type, souvent désigné par les articles du Code ou de la loi auquel il est emprunté. Une telle solution serait pertinente étant donné qu'aucun des Etats étudiés n'organise de régime matrimonial légal(2). Dans la pratique, les époux établissent un contrat de mariage, en référence à une loi étrangère ou à des dispositions légales d'une ou de plusieurs lois étrangères.

2. Etendue de la loi d'autonomie

L'autonomie de la volonté doit-elle être envisagée dans son sens le plus large? Autrement dit, les époux peuvent-ils désigner n'importe quelle loi pour régir leur contrat?

(1) RIGAUX (François), *op cit.* p.347.

(2) A défaut de lois, il n'est pas toujours possible de se référer aux coutumes. Celles-ci n'étant pas aptes à régler toutes les questions relatives aux biens des époux, la lacune est comblée par le recours aux principes généraux du droit; v. 1ère instance, Burundi, 17 avril 1963, (R.J.R.B., 1963, p.107.); Appel Léopoldville, Elisabethville, 30 novembre 1954 (R.J.C., 1955, p.18)

Du fait que les conventions matrimoniales présentent un intérêt certain pour les tiers et l'organisation de la famille(1), il convient d'apporter à ces questions une réponse négative.

Des limites devraient être établies. A cet égard, la Convention de La Haye de 1978(2), pourrait inspirer les législateurs des Grands Lacs, en ce qu'elle offre aux époux une option entre plusieurs lois avec lesquelles ils ont des attaches, la nationalité et la résidence habituelle étant les facteurs admis pour mesurer le lien existant entre une loi déterminée et les conjoints. Ceux-ci auraient ainsi à choisir entre:

- 1) La loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de leur choix;

- (1) L'organisation de la famille doit être considérée comme ressortant de l'ordre public, dans la mesure où chaque Etat entend mettre la famille sous sa protection. V. art.19. al.1 de la Constitution du Zaïre: "La Famille, base naturelle de la communauté humaine, est placée sous la protection du Mouvement Populaire de la Révolution (Parti Unique). Elle sera organisée de manière à ce que soient assurées son unité et sa stabilité". L'article 17, al.1, de la dernière Constitution Burundaise disposait que "la famille, base naturelle de la société, est protégée par la loi". L'article 24, al.1 de la Constitution rwandaise est libellé dans des termes identiques.
- (2) V. Travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizième session, Tome II, Régimes matrimoniaux, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, 1978, p.336 et s.

- 2) La loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment du choix;
- 3) La loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établit une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

Le rattachement objectif peut reposer sur un élément n'existant que chez l'un des époux. C'est le cas lorsqu'ils n'ont ni la même nationalité, ni une résidence commune. De prime abord, il serait anormal de soumettre leurs rapports patrimoniaux à la loi d'un Etat dont un seul d'entre eux a un lien incontestable. Cependant comme le fait remarquer le professeur Loussouarn(1), il n'y aurait lieu de s'inquiéter que s'il s'agissait d'un rattachement impératif. Ce n'est pas le cas, puisque les facteurs retenus expriment seulement les branches d'une option offerte aux époux, laquelle suppose leur accord conjoint. Dès lors, "la prise en considération d'un rattachement unilatéral n'a rien de choquant dans la mesure où elle est avalisée par l'autre époux"(2).

-
- (1) LOUSSOUARN (Yvon), "La convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. "in Journal de droit international, n°1, Ed. techniques, S.A. Paris 1979, p.9;
v. aussi von OVERBECK (Alfred), "Rapport explicatif", in travaux de la Conférence de La Haye, Actes et documents de la treizième session, *op cit.* p.336.
 - (2) LOUSSOUARN (Yvon), *op cit.* p.9.

L'on peut se demander si, en l'état actuel des droits étudiés, il n'y aurait pas lieu de laisser une plus large étendue à la loi d'autonomie. Il semblerait légitime de pouvoir donner une réponse affirmative, mais nuancée à la question. Il conviendrait, pour ce faire, distinguer différentes situations:

- 1) Les lois nationales respectives des époux, étrangers aux trois Etats, ou la loi nationale de l'un d'eux n'organisent pas de régime matrimoniale; un des conjoint est ressortissant d'un des Etats étudiés, mais la loi nationale de l'autre époux prévoit un régime matrimonial légal.

Dans ces deux cas, il serait plus sage de limiter le choix des époux aux lois proposées par la Convention de La Haye. Il est en effet souhaitable de tenir compte du fait que l'Etat organisant un régime matrimonial légal, pourrait, à juste titre, craindre qu'une trop grande liberté ne soit de nature à ouvrir la porte aux fraudes à ses lois, ou porter préjudice aux intérêts des tiers.

- 2) Ensuite, il convient de considérer la situation de deux époux étrangers aux trois pays, dont aucune des lois nationales en présence ne prévoit de régime matrimonial légal, et celle d'époux ressortissants du Rwanda ou du Burundi. Accorder une large autonomie aux conjoints ne présente aucun risque de fraude à la loi, puisque, par hypothèse, leur droit national écrit ne contient pas de normes relatives aux régimes matrimoniaux. Par ailleurs, la pratique dans les pays en cause est de se référer aux principes généraux du droit, lorsque est soulevé un problème

relatif aux régimes matrimoniaux(1). Pendant longtemps, et dans une certaine mesure aujourd'hui, le droit belge a constitué la source principale d'inspiration à défaut de convention matrimoniale entre époux(2). Il serait donc parfaitement admissible que les époux choisissent la loi qui semble leur convenir aussi longtemps que le Rwanda et le Burundi n'aient pas organisé de régime matrimonial.

Le Code civil de 1895, encore en vigueur au Rwanda, organise toutefois ce que l'on pourrait appeler un "régime matrimonial primaire"(3).

-
- (1) V. 1^{ère} instance, Burundi, 17 avril 1963 (R.J.R.B., 1963, p.107); Appel, Léopoldville, 5 mars 1957 (R.J.C., 1957, p.291); Appel, Elisabethville, 30 novembre 1954 (R.J.C., 1955, p.18). Alors qu'en droit zaïrois, cette lacune est comblée par le Code de la Famille (art.487 à 537), le législateur burundais, comme la nouvelle législation rwandaise n'ont rien prévu, sinon quelques articles relatifs à l'aptitude des époux à accomplir certains actes juridiques patrimoniaux.
 - (2) A défaut de dispositions légales en matière de régimes matrimoniaux, l'on applique, en vertu des principes généraux du droit, le régime de la communauté réduite aux acquets. Celui-ci n'étant organisé ni au Rwanda ni au Burundi, le droit belge est, par la force des choses, devenue la référence obligée; v. 1^{ère} instance, Burundi, 17 avril 1963, (R.J.R.B. 1963, p.107); Appel, Elisabethville, 5 mars 1957 (R.J.C. 1957, p.291).
 - (3) En empruntant la définition au professeur Rigaux, l'on pourrait dire que le régime matrimonial primaire est constitué par les règles qui fixent impérativement certains effets du mariage sur les biens des époux, et l'aptitude de ceux-ci à accomplir des actes juridiques patrimoniaux. RIGAUX (François), Droit international privé, T.II, *op cit.*

L'on peut dès lors se demander si celui-ci échappe ou non au domaine d'application de la loi d'autonomie. En droit belge, par exemple, la réponse est affirmative car la loi du 14 juillet 1976 confert au régime matrimonial primaire un caractère impératif. "Tout ce que, dans l'ordre interne (belge), le législateur a soustrait à la liberté de contracter, c'est-à-dire le régime matrimonial primaire, échappe également au domaine d'application de la loi d'autonomie, pour relever de la loi applicable au régime matrimonial primaire"(1). En d'autres termes, la loi d'autonomie embrasse seulement les dispositions que dans l'ordre interne, le législateur belge n'a pas mis à l'abri de la liberté contractuelle.

Selon le professeur Rigaux, il y aurait lieu d'appliquer la loi qui gouverne les effets personnels du mariage(2). Ce point de vue ne saurait être celui du droit rwandais, puisque les rédacteurs du Code civil de 1895 n'ont pas soustrait à la liberté de contracter, l'ensemble des règles que nous avons qualifiées de "régime matrimonial primaire".

(1) RIGAUX (François), Droit international privé, T.II, *op cit.*

(2) *ibidem*, p.436

L'article 124 permet en effet, aux époux de déroger par "*contrat pécuniaire de mariage*" à ces dispositions. Quant au droit burundais, la question est superflue puisque la loi des effets personnels du mariage est justement la loi d'autonomie(1).

B. Les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage

En l'absence de contrat matrimonial, le droit burundais adopte la loi du domicile commun des époux, comme facteur de rattachement objectif(2). En droit rwandais et en droit zaïrois, le régime des biens est, dans ce cas, soumis à la loi du premier établissement des époux, sauf à ceux-ci d'apporter la preuve d'une intention contraire résultant d'une manifestation expresse ou tacite(3).

(1) Art.7, b Code burundais des Personnes et de la Famille. L'opinion du professeur Rigaux peut trouver sa justification sous l'empire du nouveau droit zaïrois, puisque les articles 487 à 501 du Code, consacre des dispositions devant régir les effets pécuniaires du mariage, quel que soit le régime matrimonial auquel les époux adhèrent. "Mais en pratique, elles n'offrent aucun intérêt particulier. Elles ne font qu'entériner un principe contenu dans la plupart des législations: l'obligation pour les époux de contribuer aux charges du ménage. Aucun système juridique ne permettrait aux époux de déroger à pareille obligation.

(2) Art.7 Code burundais des Personnes et de la Famille.

(3) Art.12 al.4 Cod. civ. rw. et Cod. civ. zaïr. V. Revue de doctrine et de jurisprudence coloniale, 1925, 2ème année, p.214; COIPEL (Michel), Répertoire de droit international privé zaïrois, *op cit.* p.93-94, n°91.

Les textes sont cependant muets quant au moment où doit se manifester la volonté contraire (exprimée ou supposée) des époux(1). La jurisprudence situe cet instant immédiatement avant, voire au moment du mariage(2).

Dans la détermination du premier établissement, il faut prendre en considération le lieu où les époux ont entendu fixer effectivement leur établissement de manière stable(3). Contrairement au droit français(4), les législateurs zaïrois et rwandais renvoient à la loi du premier établissement des époux, non par présomption d'un choix des époux (inexistant par hypothèse) mais parce qu'ils estiment eux-mêmes "qu'elle est la loi qui convient le mieux pour régir leurs biens"(5).

-
- (1) Il semble que les législateurs rwandais et zaïrois aient entendu suppléer cette volonté inexistante, et non pas seulement, le défaut de la preuve de la volonté contraire, qu'ils admettent par ailleurs. V. Appel, Elisabethville, 30 novembre 1954 (R.J.C., 1955, p.19); Appel, Elisabethville, 5 mai 1953 (R.J.C.B., 1953, p.194)
 - (2) Appel, Léopoldville, 30 novembre 1954 (R.J.C., 1955, p.18). La jurisprudence ne dit pas pourquoi cette volonté contraire ne pourrait pas être exprimée après le mariage. Nous pensons que cela devrait aussi être possible.
 - (3) Appel, Léopoldville, 5 mai 1953 (R.J.C.B., 1953, p. 194) COIPEL (Michel), *op cit.* p.94, n°92.
 - (4) V. RIGAUX (François), Droit international privé. T. II, *op cit.* p.44
 - (5) Appel, Elisabethville, 30 novembre 1954 (R.J.C., 1955, p.18)

En l'absence de convention matrimoniale, la difficulté de connaître l'intention réelle des conjoints soumis aux dispositions des droits rwandais et zaïrois, ainsi que les inconvénients du rattachement objectif fondé sur le domicile(1), tel que le propose le législateur burundais, militent en faveur d'une solution plus souple: la loi nationale commune des époux ou à défaut, la résidence habituelle commune. Le premier critère a l'avantage de la cohérence. Le régime matrimonial, comme élément du droit de la famille est en effet, naturellement soumis à la loi du statut personnel des deux époux. Par ailleurs, la résidence commune offre pour les pays étudiés, la certitude d'une localisation qui corresponde à l'établissement effectif de l'association conjugale.

On ne pourrait conclure ce chapitre, sans évoquer l'incidence du mariage sur la nationalité de la femme mariée. Ici, la question se pose tout autrement, puisqu'il s'agit de savoir si cette conséquence doit être automatique ou au contraire voulue.

(1) Rappelons que la préférence donnée à la loi du domicile au 19e siècle, résulte notamment du fait que les juridictions européennes avaient surtout à déterminer le régime matrimonial d'époux mariés sous l'empire des coutumes d'Ancien Régime. La notion de nationalité ne pouvait être d'aucun secours pour trancher un conflit interprovincial de coutumes. V. WIEDERKEHR (Georges), Les conflits de lois en matière de régime matrimonial, Paris, Dalloz, 1967, 358 p.

§3- Effets quant à la nationalité de la femme mariée

Il est à noter que dans les pays des Grands Lacs, le mariage ne peut avoir d'effet que sur la nationalité de la femme mariée à un ressortissant de ces Etats. L'étranger qui épouse une *Murundikazi*(1), une rwandaise ou une zaïroise, ne peut acquérir la nationalité de son conjoint par mariage.

A. Conditions d'acquisition de la nationalité dans le chef du mari

Le mari doit d'abord être un ressortissant de l'Etat qui accorde sa nationalité à la femme étrangère. Au Burundi, il doit être *Murundi* au moment de contracter mariage ou acquérir cette qualité par option après la célébration(2). Ainsi, la femme étrangère dont le mari acquiert, après la formation du mariage, la nationalité burundaise par naturalisation, ne peut à son tour l'obtenir d'office. Si elle désire devenir *Murundikazi*, elle devra elle-même demander la naturalisation puisque la voie de l'option ne lui est pas ouverte(3).

(1) Le national du Burundi est appelé le *Murundi*. Au pluriel cela donne *Barundi*. Le féminin de *Murundi* est *Murundikazi*. Cette précision est utile, car telle est la terminologie utilisée par le Code burundais de la nationalité.

(2) Art.4, Cod. nat. bur.

(3) L'art.5 du Code burundais de la nationalité réserve l'acquisition de la nationalité burundaise par option à la "femme étrangère qui a épousé un *Murundi* ou dont le mari a acquis la nationalité burundaise par option et qui a laissé s'écouler le délai de deux ans pendant lequel elle avait la possibilité d'acquérir la nationalité de son mari par simple déclaration".

Alors qu'au Rwanda, les textes ne précisent pas si l'état de national est d'origine ou acquise(1), en droit zaïrois il suffit que cette qualité soit acquise par un des modes prévus par le législateur(2).

Le principe d'égalité juridique des époux n'est donc pas une réalité dans ces pays, du moins en ce qui concerne les conditions d'attribution de la nationalité par mariage. Paradoxalement, les législateurs sont sur ce point moins libéraux que leurs coutumes. En effet, dans les droits traditionnels burundais et rwandais par exemple, l'étranger qui épousait une ressortissante du pays acquièrait la nationalité de son conjoint, et était complètement assimilé à la communauté nationale(3). Il nous semblerait normal d'accorder au conjoint étranger le même traitement qu'à l'étrangère qui épouse un national. On ne pourrait que s'en réjouir, d'autant plus que ce serait là une manière de favoriser l'unité de nationalité dans une même famille.

(1) Art.7 Cod. nat. rw.

(2) Art.4 Cod. nat. zaïr.

(3) V. BELLON (Rémi), "Commentaires techniques du Code de la nationalité burundaise", R.A.J.B., 1972, Vol.VI, n°18-19 p.47; MPOZAGARA (Gabriel), "Traits généraux des modes d'acquisition et de perte de la nationalité burundaise", in. Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération, 1971; p.439.

B. Conditions dans le chef de la femme mariée

Les législations burundaise et zaïroise prévoient la renonciation par la femme étrangère de sa nationalité d'origine(1).

Si la loi nationale ne le lui permet pas, au Burundi elle est tenue de souscrire une déclaration par laquelle elle renonce à se prévaloir, dans le pays, de sa nationalité d'origine et à faire état de cette qualité dans ses rapports avec les autorités burundaises(2). Dans une telle hypothèse, le Code zaïrois est muet, mais il est permis de penser qu'en pratique l'acte de renonciation suffirait pour donner aux autorités zaïroises la même attitude que leurs homologues burundais. En somme, il s'agit d'une application indirecte de l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930, relative aux conflits de lois sur la nationalité(3).

Au Rwanda, la clause de renonciation à la nationalité d'origine n'est pas exigée(4), et la femme étrangère qui épouse un rwandais acquiert, d'office, la nationalité rwandaise au moment de la célébration du mariage(5).

(1) Art. 4 Cod. nat. bur.; art. 20 Cod. nat. zaïr.

(2) Art.3 Cod. nat. bur.

(3) Cet article dispose qu'"un individu possédant deux nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité, comme son ressortissant".

(4) Il est curieux que le législateur rwandais n'ait pas inclus une telle clause, étant donné que celle-ci est prévue pour la femme rwandaise qui a épousé un étranger. V. art.20 et 34 Cod. nat. rw.

(5) Art.7, al.2 Cod. nat. rw.; art.33, Cod. nat. rw.

Le Code rwandais favorise ainsi l'éventualité d'un conflit positif de nationalités. Certes, l'alinéa 2 de l'article 7 prévoit la possibilité de renoncer à la nationalité rwandaise, antérieurement à la célébration du mariage. Le fait est cependant que, d'une part, la loi personnelle de l'épouse pourrait ne pas l'autoriser à renoncer à la nationalité d'origine. D'autre part, l'intéressée elle-même n'y est pas obligée, s'agissant d'une faculté laissée à son entière discrétion. En outre, il se peut que la loi personnelle de la femme prévoit la perte d'office de sa nationalité d'origine, en raison de l'acquisition de celle de son mari étranger. Tel est, en l'occurrence, le cas du Burundi(1).

L'on en arrive ainsi à une double aberration. D'une part, la femme acquiert une nationalité qu'elle n'a pas sollicité tout en perdant celle qu'elle avait peut-être l'intention de garder. D'autre part, l'automaticité de l'acquisition ou de la perte d'une nationalité, peut s'opérer sans que

(1) L'art.15, b., du Code burundais dispose que perd la qualité de "Murundi" la "Murundikazi" qui, du fait de son mariage avec un étranger, acquiert la nationalité étrangère de son mari. "L'article 17 lui permet de la recouvrir par une simple déclaration. Des trois pays, seul le Burundi prévoit la perte d'office de la nationalité en raison du mariage. La femme rwandaise qui épouse un étranger ne perd sa nationalité que si elle en fait la déclaration expresse avant la célébration du mariage (art.20 et 34 Cod. nat. rw.). Il en est de même en droit zaïrois. La femme zaïroise épouse d'un zaïrois ou dont le mari acquiert une nationalité étrangère ne perd sa qualité de zaïroise que si elle y renonce de manière expresse (art.20. Cod. nat. zaïr.). les cas de bipatridie sont donc possibles si la femme zaïroise ou rwandaise acquiert d'office une nationalité étrangère en raison de son mariage avec un étranger, lorsqu'elle ne renonce pas expressément à sa nationalité d'origine.

l'intéressée en ait pris la moindre conscience(1). Pour éviter de tels inconvénients, il faudrait supprimer le caractère automatique d'acquisition de la nationalité. Le mariage devrait simplement permettre à l'étrangère d'acquérir, par une *manifestation de volonté*, la nationalité de son mari(2).

-
- (1) Certes, la législation rwandaise autorise de décliner la nationalité acquise aux termes de l'article 7, tandis que le Code Burundais prévoit en son article 17, le recouvrement automatique de la nationalité burundaise, perdue en vertu de l'article 15 b, par une simple déclaration. Mais encore faut-il, pour invoquer ces dispositions, que l'intéressée en soit consciente ou préalablement informée. Ce qui est toujours loin d'être le cas.
 - (2) Ce principe a été consacré sur le plan international, par la Convention de l'Organisation des Nations-Unies sur la nationalité de la femme mariée, adoptée le 20 février 1957. V. Documents de l'O.N.U.

SECTION III: L'UNION DE FAIT:

Théorie et réalité en droit international privé

Le refus des parents de consentir au mariage de leurs enfants et les difficultés que peuvent occasionner le paiement de la dot ont été souvent les principales causes du concubinage dans l'ancienne société africaine. Actuellement les mêmes causes engendrent le même effet. La modestie des conditions sociales, consécutive à une urbanisation peu maîtrisée aggrave le phénomène. L'union de fait est donc une réalité, que le législateur continue pourtant d'ignorer. Cette situation ni reconnue, ni interdite, ne connaît aucun statut juridique similaire à celui que la loi confère au mariage. Pour la jurisprudence traditionnelle, le couple de fait est réputé s'être, volontairement, soustrait aux obligations du mariage. Par conséquent les tribunaux refusent de considérer qu'il puisse y avoir des engagements réciproques entre les partenaires, et en cas de rupture du ménage, les prétentions des parties (généralement de la femme) sur le partage des biens acquis pendant l'union ne sont pas acceptées.

Une approche nouvelle tend cependant à s'imposer, les esprits évoluant vers une prise en considération des effets sociaux de l'union de fait. La jurisprudence actuelle, particulièrement au Burundi et au Zaïre, commence à chercher des solutions plus humaines en vue de corriger les déséquilibres choquants résultants de la rupture. Malgré l'imagination des juges, les solutions empiriques sont limitées par la volonté des législateurs de protéger le mariage à tout prix.

Quelque idée que l'on se fasse du concept d'association conjugale, il faut pourtant reconnaître cette évidence que rappelle Nicole Jeanmart(1): "le fait qu'une solution ne soit pas réglementée n'empêche pas celle-ci d'exister, avec toutes les conséquences qui se posent entre les partenaires".

§1- Le phénomène social

L'union de fait est la situation d'un homme et d'une femme entretenant des relations sexuelles stables, et qui vivent ensemble, comme s'ils étaient mariés.

Elle se caractérise par trois éléments principaux: cohabitation, stabilité du ménage et apparence de mariage(2). Appelée aussi concubinage, cette union est qualifiée par certains de "libre". En réalité, "la liberté se trouve plutôt dans le fait que chacun des membres du couple peut à tout moment se séparer de l'autre et reprendre son indépendance. C'est la liberté de la "désunion" qui différencie le mariage du concubinage, plutôt

(1) JEANMART (Nicole), Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage, Bruxelles, Larcier; 1975, p.9

(2) DEMAÏN (Bernard), La liquidation des biens des concubins, Paris, LGDJ, 1968, p.7-8.

que celle de l'union"(1). Le consentement des partenaires est, en effet tout aussi indispensable dans l'union de fait que dans le mariage.

La pratique du concubinage n'est pas nouvelle dans les pays des Grands Lacs. Quoique rare, elle existait déjà dans les sociétés traditionnelles, surtout lorsque les fiancés n'avaient pas obtenus de leurs parents le consentement au mariage, ou lorsque le prétendant ne pouvait pas payer la dot exigée pour sa validité. Mais scellée dans ces circonstances, l'union revêtait un caractère provisoire, car pour éviter le scandale, les parents "s'empressaient d'entériner le mariage de leurs enfants, en s'acquittant des formalités de la dot et autres cadeaux d'usage"(2). Le phénomène a pris de l'ampleur avec l'exode rural. C'est en effet, dans le milieu urbain que l'on recourt fréquemment au ménage de fait. Nicole Jeanmart s'est d'ailleurs demandé si cette forme d'union procède d'un "choix délibéré", ou si au contraire, il n'est pas le résultat d'un "état subit"(3).

- (1) V. CIRCULAIRE du Ministère de la Justice du Burundi, n°560/55/82/NL/NI, circ.15, 23 janvier 1982.
- (2) RUTAYISIRE (Paul), "Le problème juridique de l'union libre au Burundi", R.J.B.; 1980, p.230.
- (3) JEANMART (Nicole), *op cit.* p.22 et s.

Une partie de la doctrine appliquerait la première hypothèse à ceux qui estiment que l'amour doit être dépouillé de "toutes contraintes religieuses ou légales", et aux partenaires qui refusent le mariage pour "assurer la liberté de rupture". Selon le même auteur, la doctrine majoritaire considère que l'union de fait relève davantage de la seconde hypothèse. Celle-ci semble d'ailleurs devoir être retenue au cas des pays étudiés, où le concubinage s'articule sur deux causes principales:

- 1) La pauvreté: le coût élevé des festivités de mariage et les difficultés pratiques occasionnées par les démarches administratives précédant le mariage, amènent les plus démunis à préférer l'union de fait(1). En outre, les charges excessives qu'engendre la dot constituent un handicap au mariage.

Les jeunes gens incapables de s'en acquitter se rabattent alors sur le ménage de fait(2).

- 2) L'existence d'un précédent mariage non dissous: il arrive qu'un homme quitte, sans divorcer, sa femme légitime pour vivre avec une autre. Certaines personnes pratiquent même la bigamie ou la polygamie sous

(1) RUTAYISIRE (Paul), *op cit.*, p.235 et s.

(2) Monseigneur Bigangara estime que l'exagération du montant de la dot demandée aux jeunes gens est la principale cause du concubinage au Burundi. V. BIGANGARA (Jean-Baptiste), *op cit.*, p.175.

forme déguisée, en entretenant de façon régulière une ou plusieurs concubines(1). Au Rwanda, il semblerait même que certains, surtout en milieu rural, "croient qu'il est légal d'avoir une deuxième épouse dans la mesure où l'on paie pour elle un impôt annuel"(2).

A ces trois motivations - que Nicole Jeanmart appelle "causes immédiates" -, il convient d'ajouter deux facteurs "médiats"(3).

- 1) La vie urbaine: l'union libre se manifeste plus souvent dans les centres urbains. Sans doute du fait de "l'anonymat des relations en ville et par la mobilité sociale propre aux citadins, facteurs qui permettent aux concubins d'échapper à la réprobation de l'entourage"(4).
- 2) La condition sociale: parce que le concubinage résulte fréquemment du manque de moyens matériels et de l'insécurité sociale, il se localise surtout dans les milieux les moins aisés. Si ces raisons expliquent le phénomène au Rwanda et au Burundi, elles ne semblent cependant pas

(1) RUTAYISIRE (Paul), *op cit.*, p.235 et s.

(2) NGANGO (Félicien), "Prohibition de la polygamie".Accroissement du concubinage par la pratique fiscale au Rwanda", R.J.R., 1979, n°1, p.34.

(3) JEANMART (Nicole), *op cit.*, p.26 et s.

(4) RUTAYISIRE (Paul), *op cit.* p.237; JEANMART (Nicole), *op cit.*, 26. L'on pourrait se demander si l'apparition du Sida, spécialement dans le milieu urbain, ne pourrait pas avoir une influence sur le phénomène. Il est sans doute trop tôt pour y répondre, mais l'on peut croire que si influence il y avait, ce serait plutôt sur le caractère multiple des unions (sorte de "concubinage polygamique") que sur le concubinage lui-même.

devoir être spécialement retenues pour le Zaïre. L'union de fait y est tout aussi courantes dans les classes riches que dans les milieux les moins fortunés.

Ainsi, même si le mariage constitue encore le cadre juridique habituel de la communauté de vie entre un homme et une femme, la fréquence des relations hors mariage, tout en étant, selon toute vraisemblance proportionnellement moins importante que dans les sociétés occidentales, ne justifie pas le silence des législateurs(1). Nous avons essayé de voir la place réservée à l'union libre dans les systèmes juridiques internes des Etats étudiés, avant de faire quelques suggestions relatives au droit international privé.

§2- L'union de fait dans les systèmes juridiques des Etats des Grands Lacs

L'attitude habituelle des législateurs se résume dans le dicton kirundi, *umugore yinjiye aciye mu mucamo, no mu kugenda aca mu mucamo*(2).

- (1) La fréquence des unions hors mariage est également importante tant aux Etats-Unis qu'en Europe. Même si les causes ne sont pas toujours les mêmes qu'en Afrique, l'on peut observer qu'il s'agit d'une évolution qui touche beaucoup de pays.
- (2) Littéralement: "La femme qui est entrée (dans le ménage) par la cachette, doit également rentrer par la cachette".

L'union de fait est ainsi une situation ni interdite, ni reconnue. Les partenaires vivent en marge du droit et sont par conséquent exclus du statut juridique que la loi confère au mariage. Quelles que soient sa stabilité et sa perfection, l'union libre est "juridiquement inexistante, inorganique, dépourvue de tout statut, de toute force obligatoire"(1).

Si l'on examine l'évolution de la jurisprudence, deux courants se dégagent. Le premier, traditionnel, se caractérise par un refus de reconnaître aux relations hors mariage des effets juridiques. Le second, d'approche pragmatique, essaie de trouver aux problèmes liés à l'union libre des solutions empiriques, tenant compte des conséquences sociales qu'engendre cette situation et de la nécessité d'une certaine application "humaine" du droit.

A. Effets civils de l'union libre: approche traditionnelle

1. Effets sur la personne des concubins(2)

Les partenaires de l'union libre se sont volontairement soustraits aux obligations du mariage, et ne sont donc tenus ni aux devoirs de

 (1) DE PAGE (Henri), Traité élémentaire de droit belge, 3ème éd., T.1, Bruxelles, Bruylant, 1962, p.1181.

(2) Les effets civils sur la filiation seront analysés dans le chapitre y consacré.

fidélité et de cohabitation, ni à celui d'assistance et de secours(1). Le principe en la matière est l'absence d'engagements réciproques(2), son corollaire étant que la rupture ne donne droit à aucune indemnité. La jurisprudence burundaise a fait application de cette règle dans des cas où l'une des parties revendiquait une "pension alimentaire"(3). il a été ainsi décidé que les prétentions de la concubine délaissée ou dont le partenaire est décédé, ne peuvent être satisfaites que "s'il est prouvé à suffisance qu'elle a eu des enfants (de son concubin) et qu'elle en assure la garde et l'entretien". Dans le cas contraire, la demande est irrecevable, "à la rigueur, une somme modique lui est allouée en guise d'*impamba* (provision)"(4).

-
- (1) La jurisprudence coutumière zaïroise a établi une exception: l'homme qui vit en concubinage depuis plusieurs années, ne peut abandonner sa compagne enceinte et est contraint de cohabiter avec elle jusqu'au moment de la délivrance.
MWESHI/SONGYE: Centre Jadotville, n°1279, 12 juillet 1952, B.T.C., 1960; 346. V. PAUWELS (Johan), Répertoire de droit coutumier congolais, *op cit.* p.67.
- (2) YEKE: Terr. Lubudi (Bukunya), 12 juin 1953, B.T.C. 1963, 94, V. PAUWELS (Johan), *ibidem*; Appel Kigali, 26 janvier 1977, N.C./N., R.G. V. DIRIX (Eric) *op cit.*, p.136; 1ère instance, Burundi, 27 janvier 1965 (R.J.D.C., 1965 p.27.)
- (3) 1ère instance, Bujumbura, 1er mars 1967 (R.J.A.B.), 1969, p.41); 1ère instance, Bujumbura, 6 mars 1974, R.C.4026; 1ère instance Bujumbura, 22 mars 1978, R.C.5548; 1ère instance, Bujumbura 27 octobre 1978, R.C.5823; 1ère instance, Bujumbura, 18 mai 1979, R.C.5726; 1ère instance, Bujumbura, 22 mai 1979, R.C.6029.
- (4) 1ère instance, Bujumbura, 18 mai 1979, R.C.5726; 1ère instance Bujumbura 21 mai 1965 (R.J.A.B., 1969, p.41.)

La Cour d'Appel de Kigali (Rwanda) a dans le même sens, refusé toute pension alimentaire à la concubine(1).

L'observation de la jurisprudence africaine montre pourtant que dans la plupart des cas, les cours et tribunaux ont eu surtout à reconnaître de telles demandes. Rares sont les questions relatives à la liquidation des biens. L'inégalité entre l'homme et la femme pousse celle-ci dans une sorte de fatalisme. Le recours en justice de la partenaire abandonnée est souvent fondée sur des préoccupations de survie matérielle, rarement sur d'autres motifs.

2. Effets sur les biens des partenaires de l'union

Le problème juridique de la liquidation des biens acquis par les partenaires se pose avec moins d'acuité en Afrique que dans les pays développés.

(1) Appel Kigali, 26 janvier 1977, N.C./N., R.G. Sans se prononcer directement sur le problème de la "pension alimentaire", une décision zaïroise a néanmoins contraint un amant à ne pas abandonner sa compagne enceinte et à cohabiter avec elle jusqu'à la délivrance. V. *supra*, p.148, note(2). Cette décision préjuge-t-elle du fait que la concubine pourrait réclamer une pension alimentaire après rupture de l'union? N'ayant pu trouver une jurisprudence bien établie à ce sujet, nous ne pouvons l'affirmer. Il nous semble cependant que la satisfaction d'une telle prétention serait dans la logique de la décision précitée.

C'est que si la contribution de la femme aux charges de ménage n'est pas méconnue, elle est en tout cas moins appréciée que celle de l'homme, celui-ci étant le plus souvent économiquement, financièrement et socialement plus aisé que sa compagne. Aussi, est-il vrai que "la concubine délaissée ou dont le partenaire vient à décéder, se préoccupe d'avantage de sa subsistance matérielle après la cessation de l'union que du partage éventuel des biens accumulés en cours de ménage grâce aux efforts associés du couple"(1).

Il ne semble malheureusement pas que la jurisprudence ait toujours pris en compte le rôle productif de la femme. C'est ainsi qu'une concubine qui invoquait sa contribution bénévole aux charges du ménage, pour justifier son droit au partage des biens du couple, avait vu sa demande rejetée par un tribunal burundais, à motif que cela n'aurait été concevable que si elle avait été mariée(2).

Par contre, certaines décisions zaïroises sont allées dans le sens d'une évaluation positive de la situation patrimoniale de la femme(3). Celle-ci s'est ainsi vue accorder une indemnité pour avoir aidé à la construction de la maison de son concubin(4).

(1) RUTAYASIRE (Paul), *op cit.* p.242.

(2) *Ibidem*

(3) Pq. Haut-Lomani, 28 juin 1954, B.J.I. 1958, 263; J.T.O. 1959, 26 v. PAUWELS (Johan), Répertoire de droit coutumier congolais, *op cit.* p.68.

(4) Centre Cambove (Kiwewe), n°10, 15 janvier 1958; B.T.C. , 1960; 281, v. PAUWELS (Johan), *ibidem* , p.69.

Cette attitude s'écarterait nettement d'une jurisprudence estimant jusqu'alors que la concubine ne pouvait réclamer une indemnisation de la plus-value apportée au fonds de son partenaire, que dans la mesure de l'acceptation de celui-ci(1).

Si dans un premier temps, la jurisprudence n'a pas encouragé un changement d'attitude favorable à la femme, l'évolution des moeurs pousse de plus en plus les tribunaux vers une évaluation positive de sa situation patrimoniale .

B. Tendances nouvelles dans l'approche de l'union de fait

Hormis le Rwanda qui reste marqué par une vision traditionnelle(2), le Burundi et le Zaïre s'orientent vers une prise en compte des conséquences sociales de l'union libre. Ils essaient de concilier la spécificité de principe de l'institution du mariage et la nécessité d'une application humaine du droit. La démarche est délicate, car le rôle que l'on voudrait assigner aux juges est de concilier les inconciliables: il leur est demandé de rechercher des solutions pratiques à des problèmes humains concrets, sans pour autant remettre en cause l'idée que le mariage est la base fondamentale de la famille. Autrement dit, on demande au juge de reconnaître certains effets juridiques à un état de "non-droit".

 (1) Kinshasa: Terr. Léopoldville n°5993/A.M. 23 février 1955; Pq. Léopoldville, n°1958/L., 13 juin 1958, B.T.C. 227; v. PAUWELS (Johan), *ibidem*, p.69.

(2) Appel, Kigali, 26 janvier 1977, N.C./R.G.

Dans l'avant-projet de Code Zaïrois de la Famille, le législateur avait carrément opté pour la réglementation de l'union libre(1). L'expérience aurait été séduisante, si elle ne cachait en réalité la volonté d'institutionnaliser une forme déguisée de polygamie. En effet, l'homme n'aurait pas été obligé de divorcer d'avec son épouse légitime avant de s'engager dans cette union(2). Les parlementaires zaïrois ne s'y sont pas trompés, et l'un d'eux a très ironiquement résumé la situation en ces termes: "les membres de la Commission(3), ne sont pas contre le fait d'avoir plusieurs femmes et ils y donne le nom de polygamie. Quant à l'exécutif, il n'est pas également contre mais préfère le terme de "union de fait". Le grand problème était de donner un terme à cette situation(4). Finalement, le chapitre fut retiré du projet, le conseil législatif (Parlement) ayant estimé qu'il était en contradiction avec le principe du mariage monogamique.

-
- (1) Dans le même sens voir aussi l'expérience yougoslave. SARCEVIC (Petar), "Cohabitation Without Marriage: The Yugoslavian Experience", in the American Journal of comparative law, 1981, p.315-338.
 - (2) L'article 585 du projet définissait l'union susceptible d'engendrer des effets juridiques comme étant celle qui "est établie, soit entre un homme célibataire et une femme célibataire, soit entre un homme marié et une femme célibataire qui vivent comme mari et femme sans avoir contracté mariage l'un avec l'autre".
 - (3) Commission parlementaire chargée de l'élaboration du projet.
 - (4) Intervention du citoyen Betyna, C.R.A., n°75 du 6 juin 1984, p.36.

Au Burundi, une circulaire ministérielle a donné une série de suggestions qui doivent sensibiliser les magistrats, sur "la situation matérielle de la femme en cas de rupture de l'union(1)". La jurisprudence a depuis, fait application des principes y énoncés, évoluant ainsi vers une réelle prise en compte des intérêts de la concubine(2). L'on peut se réjouir de la tournure qu'ont pris les récentes décisions jurisprudentielles, mais ce n'est pas suffisant. Il est souhaitable d'aller plus loin, en prenant des mesures qui puissent garantir les droits des partenaires.

§3- L'union de fait au regard du droit international privé

A. Problématique

La plupart des systèmes juridiques restent marqués par la crainte que toute réglementation de l'union n'incite à la "dévalorisation" de l'institution du mariage. L'on peut dès lors se demander s'il est opportun d'intégrer l'union de fait dans une réflexion sur les conflits de lois régissant le statut personnel, alors que de nombreux Etats l'ignorent juridiquement.

(1) V. circulaire ministérielle précitée.

(2) V. Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, RCF 272/82. Grande instance, Bujumbura, 28 février 1986, RCA, 1613. Cour suprême de justice, Chambre de Cassation, Bujumbura, 28 avril 1983, RC 3861; Grande instance, Bujumbura, 15 septembre 1982, RCA 1558.

Il est vrai que depuis peu, certains pays ont commencé à légiférer sur le concubinage(1), et il n'est pas impossible que d'autres s'engagent un jour sur la même voie. Cependant, aussi longtemps que seront rares les législations sur l'union de fait, il est difficile d'espérer une quelconque harmonisation des règles de conflit de lois en la matière. Toute entreprise dans ce sens est pour le moins prématurée, mais d'ores et déjà, il est bon de bien poser les questions.

Aujourd'hui à cause de la mobilité des relations humaines, le concubinage entre personnes de nationalités différentes devient plus fréquent. Il y a lieu de se demander comment régler les conflits qui naissent de ce genre d'union. C'est surtout les relations patrimoniales qui retiennent l'attention, l'expérience montrant que les conflits qui naissent de la rupture de l'union ne concernent pratiquement que cet aspect de leurs rapports.

B. Solutions de *lege ferenda*

Nous avons précédemment évoqué le fait que la rupture de l'union de fait peut entraîner des déséquilibres choquants et flagrants dans la condition des partenaires. Il convient alors d'exprimer le souci de quête d'une justice matérielle, dans la formulation des règles de conflit de lois en la matière.

(1) v. SARCEVIC (Petar), "Cohabitation without marriage: the Yugoslavian Experience", *op cit.*

Cette justice pourrait, semble-t-il, être approchée au moyen d'un système de rattachements alternatifs(1), la multiplicité des rattachements permettant de mieux aborder les particularités de chaque situation. La complexité des rapports internationaux peut toutefois s'avérer telle qu'un risque d'inadéquation ponctuelle de la règle de conflit subsiste. Pour pallier à cet inconvénient, l'on pourrait envisager d'une part, l'introduction du principe de la proximité(2) en autorisant un rattachement déterminé concrètement pour la situation considérée. D'autre part, de permettre un rattachement fondé sur la loi la plus favorable aux deux parties ou éventuellement à l'une d'elles. Considérons à ce propos deux hypothèses: celle où l'union de fait est réglementée par les lois nationales des partenaires, et celle où elle ne l'est pas.

1. L'union de fait est réglementée par les lois nationales des parties

Traditionnellement, et dans beaucoup de pays, le mariage constitue le fondement des relations familiales. De nos jours, cette conception change de plus en plus, si pas en droit, tout au moins dans les mentalités. A partir du moment où un Etat décide de consacrer l'existence juridique de la famille en dehors du mariage, il n'y a aucune raison de ne pas respecter ce point de vue.

(1) V. LENAERTS (Koenraad), *op cit.*

(2) *supra*, p.91

Dès lors, il est possible d'imaginer une adaptation des règles de conflit de lois relatives au mariage à l'union libre. Ainsi, lorsque l'Etat auquel appartient les concubins reconnaît légalement l'union libre et le réglemente, leurs relations patrimoniales devraient être régies par leur loi nationale commune.

Si par contre les partenaires sont de nationalités différentes, il conviendrait d'appliquer alternativement leurs lois nationales dans l'ordre suivant:

1° Application de la loi nationale contenant les dispositions les plus favorables aux partenaires, ou éventuellement à l'un d'eux (par exemple la loi respectant les droits de la femme au nom de l'égalité des sexes).

2° Application de la loi nationale qui, au regard des circonstances, possède les liens les plus étroits avec la cause (en tenant compte par exemple de la résidence habituelle des concubins, ou de la situation de leurs biens).

2. L'union de fait non réglementée par les lois nationales des parties

Si les lois nationales des concubins n'organisent pas l'union de fait ou si seule l'une d'elle réglemente leurs rapports, il est souhaitable de

soumettre les relations patrimoniales des partenaires à la loi de l'Etat avec lequel, d'après les circonstances, la cause a le lien le plus étroit. Ces circonstances peuvent être déterminées par la résidence habituelle des concubins, ou par la situation de leurs biens.

*

* *

Les problèmes soulevés par la dislocation de l'union libre ne sont en fait, guère différents de la rupture du mariage. Mais celui-ci étant consacré par la loi, le divorce obéit évidemment à certaines règles légales que nous analyserons dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III

LE DIVORCE

On décele bien dans le droit du divorce des pays étudiés, le caractère essentiellement conciliateur du droit africain.

Ainsi, la notion de "causes" de divorce, telle qu'entendue en droit écrit occidental est inconnue, ou alors délibérément ignorée. La rupture du mariage n'est prononcée que sur le constat de l'impossibilité, pour les époux, de continuer la vie en commun. Il existe dès lors, une incompatibilité entre une telle conception et les règles classiques de droit international privé, notamment celles relatives à l'admissibilité des causes de divorce.

SECTION I: LE DIVORCE DANS LES DROITS INTERNES DES PAYS DES GRANDS LACS

Dans la conception africaine du divorce, il n'existe donc pas à proprement parler une liste de conditions nécessaires à la rupture juridique du lien conjugal. Une seule circonstance suffit: la *rupture de fait et irrémédiablement* du mariage.

§1- La condition du divorce

Bien que le législateur burundais ait introduit la notion de "causes légales" du divorce dans son droit(1), les tribunaux s'en tiennent toujours à la pratique coutumière. Ils restent plus préoccupés par le caractère *irréversible* de la rupture du mariage, que par l'appréciation des causes l'ayant entraîné. Le divorce est prononcé chaque fois qu'il est acquis que la vie conjugale est devenue impossible: "Attendu de toute manière que la vie commune des époux M et S n'est plus possible..."(2).

Depuis le décret-loi burundais du 15 janvier 1980 et la loi Zaïroise portant Code de la famille, le divorce relève au Burundi et au Zaïre de la compétence exclusive du pouvoir judiciaire. Au Rwanda, la matière est théoriquement régie par le droit coutumier qui ne connaît pas le divorce civil. La dissolution du lien conjugal étant une affaire concernant essentiellement deux familles, elle est réglée et prononcée en famille. Si une autorité judiciaire intervient, c'est généralement pour régler une contestation au civil, née à l'occasion de la séparation des époux(3).

(1) Art.158-159 du Code des personnes et de la famille.

(2) Grande instance, Bujumbura, 20 octobre 1981, R.C.6095.

(3) V. BUSHAYIJA (Stanilas), *op cit.*, p.140; BIGANGARA (Jean-Baptiste), *op cit.*, p.89; Projet de Code zaïrois de la famille, commentaire des articles, *op cit.*, p.89.

Cette situation changera évidemment avec la mise en application de la loi du 27 octobre 1988 (art.237 et s.).

Dans la pratique judiciaire cependant, les tribunaux se sont depuis toujours considérés comme compétents, lorsqu'ils sont saisis d'une action en divorce(1). La démarche du juge rwandais, burundais ou zaïrois ne consiste pas à chercher les causes qui motivent le divorce, mais à savoir si la rupture a un caractère *irréversible*, quelles que puissent en être les mobiles. La dissolution du mariage est acquise dès lors qu'après vérifications sérieuses, "il s'avère que le maintien de l'association conjugale est impossible, quelle qu'en soit la raison"(2).

Le rôle du juge est de promouvoir la réconciliation; sinon, il en constate l'impossibilité, et prononce le divorce. Il lui importe peu d'examiner les griefs que se font mutuellement les époux. Les motifs à divorce peuvent d'ailleurs être aussi nombreux que variés(3), et le juge ne cherche pas à savoir à qui incombe la responsabilité de la rupture.

-
- (1) La loi du 27 octobre 1988 réglera désormais la procédure du divorce, en application de l'art.25 de la Constitution du Rwanda.
 - (2) Grande instance, Bujumbura, 20 octobre 1981, R.C.6095.
 - (3) V. BUSHAYIJA (Stanislas), *op cit.*, p.146 et s.; BIGANGARA (Jean-Baptiste) *op cit.*, p.142 et s.; PAUWELS (Johan M.), Répertoire de droit coutumier Congolais, *op cit.*, p.90 et s.; DE CLERCK (Louis), Répertoire général de droit coutumier du Ruanda-Urundi, *op cit.*

Il n'y a donc pas, véritablement, de cause de divorce, mais un ensemble d'événements (ou même un seul) qui aboutit à la dissolution de l'association conjugale. Le tribunal n'a pas à les apprécier(1). Il prononce le divorce "dans tous les cas où il est prouvé qu'en fait, le ménage est détruit, que les époux ne sauront pas continuer à partager leur vie, que cette circonstance malheureuse soit ou non la faute de l'un d'eux"(2).

-
- (1) Le Professeur Pauwels a observé qu'au cours des litiges de divorce à Kinshasa, "on assiste de la part des parties, à d'interminables énumérations de griefs (fautes ou défauts) d'un conjoint envers l'autre. Mais, écrit-il, quoique les juges permettent ces exposés et même interrogent les parties sur les causes de leur mécontentement, il ne semble pas qu'il soit justifié de parler de "causes de divorce" en droit coutumier de Kinshasa, au sens technique que possède ce terme en droit écrit. En effet, s'il est bien évident qu'en cas de séparation d'époux, il y ait toujours des raisons graves qui sont à la base du conflit, ces "raisons de fait" ne paraissent pas être des "causes déterminantes" qui justifient le prononcé du divorce. Les juges prennent leur décision non en s'appuyant sur un catalogue de causes précises, mais plutôt sur la constatation que la mécontentement des parties est telle que la reprise de la vie conjugale ne peut plus raisonnablement être envisagée. Il en est de même si le tribunal constate que les parties (...) envisagent unanimement le divorce". R.J.C., 1966, p.289.
- (2) V. PAUWELS (Johan M.), "Le divorce à Kinshasa", R.J.C., 1966, p.289. L'auteur rappelle que plusieurs essais de conciliation sont tentés avant que le tribunal ne se décide à prononcer le divorce. Ceux-ci ont lieu en dehors du tribunal. Les juges tiennent compte des tentatives de conciliation faites antérieurement au litige par le "conseil de famille". Au Rwanda, outre le rôle de conciliateur que joue celui-ci, il existe une procédure informelle de solution de litiges appelée *agacaca* (mot qui signifie "gazon"). Le *gacaca* est une réunion (sur l'herbe) rassemblant outre les parties en cause, les voisins, le conseiller de secteur, s'il habite dans le coin, et même parfois, de simples passants. Cette institution est saisie pour certains problèmes spécialement, notamment, des problèmes de famille. V. "Litiges et besoins juridiques au Rwanda", *op cit.*, p.91.

Par exemple, l'adultère n'est pas, en lui-même, une cause de divorce. Cependant, le juge prononcera la dissolution du mariage s'il est convaincu que, suite à cet événement, l'entente entre les époux est irrémédiablement compromise. En résumé, il n'existe qu'une seule circonstance qui permet de demander le divorce: "la destruction véritable de la communauté existant entre les époux"(1). Il ne peut être réclaté parce qu'il y a telle ou telle *cause* mais parce qu le mariage a été *détruit en fait*.

Cette conception du divorce a des conséquences sur les effets de la dissolution du mariage, notamment sur la *garde des enfants* et *l'obligation alimentaire* qui sont ainsi attribuées indépendamment de l'innocence ou de la culpabilité d'un des époux.

§2- Les effets du divorce

Les problèmes qui suscitent un intérêt pratique dans cette matière, sont ceux relatifs à la *garde des enfants* et à *l'obligation alimentaire*.

La *garde de l'enfant* est confiée au père en droit coutumier rwandais(2).

- (1) V. Commentaires des articles du projet zaïrois de Code de la famille, op cit. , p.91.
- (2) Dans un arrêt du 21 octobre 1977, la Cour d'Appel de Kigali a fixé à 7 ans la limite de la première période au cours de laquelle l'enfant resterait confié à la garde de sa mère en raison de son jeune âge. V. Appel, Kigali, 18 juin 1979, R.J.R., vol. IV, n°3, 1er juillet 1980, p.501. Selon la loi du 27 octobre 1988, les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, sauf si le tribunal en décide autrement pour le plus grand avantage des enfants (art.283).

Au Burundi, comme au Zaïre, l'intérêt de l'enfant l'emporte sur tout autre critère. Selon le cas, il peut en effet être confié à la mère, au père ou même à une tierce personne(1).

Le Code civil de 1895, quant à lui, confie la garde des enfants à l'époux innocent, ce qui ne correspond plus guère à la conception actuelle du divorce dans les trois pays étudiés.

L'*obligation alimentaire* après divorce résulte, dans les trois Etats, du devoir de solidarité envers l'ex-conjoint, qui se trouverait en difficulté matérielle du fait du divorce. Il n'est pas question de laisser subsister un devoir d'entretien à charge de l'un des anciens époux en faveur de l'autre(2), encore moins d'imposer une indemnité à l'égard de

- (1) Art. 187 Code burundais des Personnes et de la Famille; Art.585 al.2 du Code zaïrois de la famille.
- (2) La rédaction du Code burundais prête à confusion. Bien que l'article 186 prévoit une pension alimentaire ou un établissement sur les biens de l'autre conjoint, en faveur de l'époux "innocent", le tribunal ne donne droit à la prestation que dans la mesure où le bénéficiaire en a vraiment besoin. Et même dans ce cas, le juge tient compte de la fortune du débiteur. (V. exposé des motifs du projet de Code des Personnes et de la Famille *op cit.* p.10). Cette obligation n'est donc pas réellement subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'époux "coupable", puisqu'elle est prévue même en cas de divorce par consentement mutuel(art.193). Ici, les époux eux-mêmes prévoient la constitution d'un établissement ou d'une pension alimentaire, au profit de celui qui pourrait se trouver dans le besoin du fait du divorce. Au Zaïre, la pratique jurisprudentielle a introduit ce que l'on appelle "*indemnité de réadaptation*", consacrée par l'article 581 du nouveau code. Il ne s'agit pas d'une indemnité accordée à l'époux "innocent", mais un moyen de "rétablir l'équilibre rompu par le divorce, d'éliminer des situations qui risquent d'être inéquitables et de donner à l'un des époux la possibilité de s'adapter à son nouvel état de personne seule". V. Commentaires des articles du projet de Code, *op cit.*, p.107 et PAUWELS (Johan), in "Le divorce à Kinshasa", *op cit.* Quant au droit coutumier rwandais, il ignore la notion même de pension alimentaire, telle qu'entendue en droit écrit moderne. La loi du 27 octobre 1988 prévoit quant à elle l'octroi d'une pension alimentaire dans certaines circonstances (art.282).

l'époux supposé innocent. Quelque soit la manière dont les droits coutumiers, la jurisprudence ou les législateurs organisent cette prestation, il apparaît à chaque fois que l'obligation alimentaire se fonde sur le fait que l'indigence de l'un des époux rende équitable que l'autre lui vienne au secours(1).

*

* *

La philosophie africaine du divorce soulève ainsi, au niveau du droit international privé, deux interrogations majeures: doit-on refuser le divorce lorsque le droit applicable aux époux étrangers ne l'admet pas, même si les tribunaux des Etats étudiés ont la conviction que, de toute manière, l'association conjugale est détruite? La distorsion existant, sur les causes de divorce, entre les droits internes des dits Etats et leurs dispositions de droit international privé, permet-elle encore de concilier celles-ci avec la démarche africaine en matière de divorce? C'est toute la problématique posée dans la section suivante.

- (1) D'autres Etats africains ont une conception identique. L'Ethiopie ignore la pension alimentaire, tout en prévoyant certaines techniques qui permettent de venir en aide à l'un des époux. Le Sénégal prévoit l'octroi d'une pension alimentaire uniquement dans des circonstances exceptionnelles, telle que la maladie grave et incurable. Le droit Tanzanien n'accorde la pension alimentaire qu'à la femme, et ce, dans des conditions exceptionnelles (sans doute parce que le plus souvent, c'est la femme qui souffre d'indigence en cas de rupture du mariage). Commentaires des articles du projet de Code zaïrois *op cit.* p.108. Il y a là un exemple où la conception africaine reste vivace. Ici transparaît l'idée-maîtresse que le droit est inséparable de l'idée de devoir. La pension alimentaire, si elle est due, ne l'est pas en vertu d'une règle de droit préétablie, mais parce que l'équilibre de la société exige de ses membres une certaine solidarité.

SECTION II: LE DIVORCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

DES PAYS DES GRANDS LACS

Les réponses qu'apportent, en cas de conflits de lois, législations, doctrine et jurisprudence des trois pays aux questions relatives à *l'admissibilité* du divorce et de ses *causes*, s'inscrivent dans le courant de la pensée européenne classique. Elles sont cependant peu satisfaisantes, étant incompatibles avec l'idée que ces Etats se font du divorce, d'une part et avec une certaine tendance véhiculant une philosophie plus "libérale", d'autre part⁽¹⁾.

§1- Le droit positif

A. Les conditions de divorce

1. L'admissibilité du divorce

La question a été tranchée par l'article 13 du Code civil de 1895: les époux ne sont admis à demander le divorce que si leur loi nationale les y autorise.

(1) V. notamment les récentes législations de la République Fédérale d'Allemagne (loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé, *op cit.*) et Suisse (loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P.) du 18 décembre 1987, *op cit.*)

La législation burundaise n'est pas aussi explicite(1), mais une jurisprudence constante soumet la *capacité de divorcer* à la loi nationale des époux(2).

Les textes sont muets quant à la loi applicable lorsque les époux sont de nationalités différentes. La jurisprudence zaïroise a curieusement fait application de l'article 13, alinéa 3 du code civil, qui fait régir les effets du mariage sur la personne des époux par la loi de l'Etat dont le mari possédait la nationalité au moment du mariage (3). Cette solution fut justifiée par l'idée que le mariage subsiste aussi longtemps que la dissolution n'est pas prononcée: dès lors la *capacité de divorcer* ne serait qu'un aspect de celle des époux dans le mariage(4). Il ne semble pourtant pas que telle fut la volonté des rédacteurs du Code, si l'on en juge par les travaux préparatoires du Conseil de législation(5).

-
- (1) L'article 8 du Code burundais soumet la *détermination des causes* du divorce d'étrangers à leur loi nationale, sans se prononcer quant à la loi applicable à l'*admissibilité du divorce*.
 - (2) Trib. de province, Bujumbura, 9 février 1981, RCP 94/90; Grande Instance, Bujumbura, 20 octobre 1981, RC 6005; Trib. de province, Bujumbura 16 juin 1983, RC 446/83; Trib. de province, Bujumbura 21 janvier 1985, RCF 577/83; Appel Bujumbura 16 janvier 1985, RCA 1371.
 - (3) de BURLET, *op cit.* p.252 et s.
 - (4) *ibidem*, p.253
 - (5) de BURLET, *op cit.* notice 591.

Celui-ci s'est, en fait, prononcé pour une solution cumulative, en stipulant que le divorce des époux ne serait admis que si leurs lois nationales les y autorisent(1). Dans l'ensemble, la jurisprudence coloniale a préféré l'application d'une loi unique: soit celle du mari, soit celle du demandeur, soit la *lex fori*(2). Après beaucoup d'hésitations, elle a opté définitivement pour la loi nationale du mari(3). La jurisprudence au Rwanda et au Burundi s'orienta quant à elle, vers une application cumulative des deux lois nationales(4), suivant en cela la position de la Cour de Cassation belge qui avait tranché la question en appliquant la loi la plus restrictive(5).

-
- (1) *ibidem*; VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.* , p.349
 - (2) 1ère instance, Elisabethville, 2 novembre 1944 (R.J.C.B.) 1945, p.77
1ère instance, Costermansville, 20 novembre 1936 (R.J.C.B.) 1941, p.70)
 - (3) V. BOUCKAERT (F) Note d'observation sous jugement R.J.C.B., 1966, p.148
 - (4) 1ère instance, Ruanda-Urundi, 17 juin 1944 R.J.C.B., 1945, p.77: 1ère instance Ruanda Urundi, 17 octobre 1940 (R.J.C.B., 1942, p.109)
 - (5) *ibidem*: LIENARD-LIGNY (Monique), "Le divorce en droit international privé belge", Annales de la Faculté de droit de Liège, 1961, n°1, p.109; VANDER ELST (Raymond) et WESER (Martha), Droit international privé belge et droit conventionnel international T.1, Bruxelles, Bruylant, 1983, p.91.

2. Des causes du divorce

L'article 8 du Code burundais des personnes et de la famille applique aux étrangers leur *loi nationale*, sans autre restriction que celle relative à l'ordre public. Le texte est muet quant à la loi compétente lorsque les conjoints sont de nationalités différentes. La jurisprudence a cependant comblé cette lacune, en optant pour *la loi du mari*(1). Cette solution devrait être considérée comme une atteinte au principe d'égalité de l'homme et de la femme.

Les articles 13, alinéa 2 et 136 du Code civil rwandais et du Code civil zaïrois, posent une double condition: les étrangers admis à divorcer ne peuvent invoquer qu'une cause prévue et par leur *loi nationale* et par la *lex fori*(2). La doctrine estime que le motif invoqué ne doit pas nécessairement être formulé dans des termes identiques à celles de la loi du *for*. Seules les causes inconnues de celle-ci sont rejetées (3).

(1) Grande instance, Bujumbura, 20 octobre 1981, R.C. 6095; 1ère instance, Bujumbura, 21 juin 1972, R.C.3395

(2) 1ère instance, Elisabethville, 2 novembre 1944; 1ère instance, Ruanda-Urundi, 17 juin 1944.; 1ère instance Elisabethville, 7 juillet 1959.

(3) de BURLET (Jacques) *op cit.* p.254; 1ère instance, Elisabethville, 6 octobre 1965 (R.J.C.B., 1956, p.145); 1ère instance, Stanleyville, 11 août 1950 (R.J.C.B., 1951, p.76).

Lorsque les époux sont de nationalités différentes, les tribunaux appliquent cumulativement les lois en présence. V. de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.254.

3. La séparation de corps

Dans les trois pays, aucun texte ne réglemente les conflits de lois relatifs à la séparation de corps, mais il a généralement été admis que l'action introduite par deux étrangers devait être soumise au même régime que le divorce(1). En principe, dès lors, l'*admissibilité de la demande* dépend de la loi nationale des époux, s'ils ont une nationalité commune. A défaut, on applique au Zaïre la loi du mari, au Rwanda et au Burundi les deux lois nationales cumulativement. Quant à la conversion de la séparation de corps en divorce, la jurisprudence des Etats étudiés l'a toujours rejetée pour le motif qu'il s'agissait d'une cause inconnue de la *lex fori*, et partant, contraire à l'ordre public(2).

B. Les effets du divorce

Aucune des législations étudiées ne précise la loi applicable aux *effets du divorce*. C'est dans la jurisprudence qu'il faut chercher la solution, en distinguant selon le genre d'effets envisagés(3).

(1) Appel, Elisabethville, 27 juin 1957 (R.J.C.B., 1957, p.380)

(2) 1ère instance, Elisabethville, 6 octobre 1965 (R.J.C.B. , 1966, p.145); 1ère instance, Stanleyville, 11 août 1950 (R.J.C.B., 1951, p.76).

(3) de BURLET (Jacques), *op cit.*

La doctrine estime généralement que la loi nationale commune des époux s'applique à tous les *effets personnels* du divorce, "sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que ces effets concernent les relations des époux entre eux, avec leurs enfants ou avec des tiers"(1). Quant à l'obligation alimentaire résultant du divorce, la jurisprudence des trois Etats la soumet à la loi qui régit les rapports des ex-conjoints entre eux(2).

Pour les questions de procédure, la jurisprudence est unanime pour appliquer la loi du *for*(3). La loi du lieu où doit s'effectuer la publicité étant compétente pour en régler les modalités(4).

§2- Perspectives de *lege ferenda*

A. Les conditions du divorce

1. L'admissibilité du divorce

Ni la réponse zaïroise, ni celle des deux autres Etats au problème de l'*admissibilité du divorce* d'époux de nationalités différentes, ne sont

(1) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.257

(2) *ibidem* p.258

(3) Appel Léopoldville, 23 août 1955 (R.J.C.B., 1955, p.431); Appel Elisabethville, 15 juin 1935 (R.J.C.B., 1935 p.141); Appel Léopoldville, 11 mai 1954 (R.J.C.B., 1954 p.244); Appel, Elisabethville 27 juillet 1946 (R.J.C.B., 1946, p.175); Appel Elisabethville, 3 juillet 1948 (R.J.C.B., 1948, p.179).

(4) de BURLET (Jacques), *op cit.* p. 257; JULEMONT (V.) "De la saisine des tribunaux congolais en matière de droit de garde après divorce lorsque les époux sont de nationalité belge", R.J.C.B., 1959, p.165-167.

vraiment satisfaisantes. Le rattachement à la loi du mari (solution zaïroise) contrarie le principe d'égalité entre homme et femme. Il est, de ce fait, contraire à l'article 12 de la constitution zaïroise qui prohibe, en toute matière, la discrimination basée sur le sexe. Cette théorie avait pourtant été justifiée en Allemagne Fédérale(1), dans l'argument selon lequel un rattachement à la loi du mari ne préjuge en rien du contenu de cette loi, celle-ci pouvant même être plus favorable à la femme qu'au mari(2). La doctrine allemande récente a cependant réfuté cette proposition, du fait que seul le mari peut provoquer une transformation du statut du divorce par un changement de nationalité, la femme se voyant ainsi privée "du droit destiné aux personnes de sa nationalité, qui lui est en règle général le plus familier"(3). Elle semble avoir été entendue par le nouveau législateur allemand, puisque l'article 17, al. 1er EGBGB nouveau sur le divorce renvoie à l'*échelle de Kegel*(4) et ajoute seulement une réserve en faveur de l'époux de nationalité allemande, dans le cas où la loi applicable suivant les éléments de rattachement de l'*échelle* ne permet pas de divorcer(5).

-
- (1) Art.17 al.1 ancien de la loi d'introduction du BGB: "Pour le divorce, sont applicables les lois de l'Etat dont le mari est ressortissant au moment de la demande".
 - (2) RAINER (Frank), "Le divorce en droit international privé allemand", in Actes du colloque des 11-12 mai 1979. Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, p.53-76.
 - (3) *Ibidem*
 - (4) V. supra, p.119
 - (5) L'art. 17, al.1er EGBGB stipule que "le divorce est régi par la loi applicable aux effets généraux du mariage au moment du dépôt de la demande. Lorsque cette loi ne permet pas de prononcer le divorce, la loi allemande s'applique si, à ce moment, le demandeur est de nationalité allemande ou s'il l'était au moment de la célébration du mariage".

La solution du cumul limitatif adoptée par le Rwanda et le Burundi (application cumulative des deux lois nationales), se voudrait soucieuse d'un certain équilibre avec la validité du mariage(1). Ce qui n'est pas non plus satisfaisant, puisque le cumul limitatif aboutit à privilégier une des deux lois en présence, en l'occurrence la plus restrictive(2). Il suffit que celle-ci proclame l'indissolubilité du mariage pour paralyser l'action intentée par l'autre époux, dont la loi nationale admet le divorce.

Pour certains auteurs, il serait judicieux de rattacher l'*admissibilité du divorce* d'époux de nationalités différentes, à la loi de la résidence habituelle commune ou à défaut, à la dernière résidence habituelle commune. Cette solution est basée sur la théorie du *rattachement subsidiaire* applicable normalement aux règles du statut personnel, lorsque le lien matrimonial ne peut être rattaché à une nationalité commune(3).

Cette approche convient aux réalités socio-juridiques des trois pays étudiés, et à l'évolution des droits modernes. En effet, la *capacité à divorcer* est un droit qui, dans l'espace juridique analysé, est toujours reconnu. Si en outre, l'on tient compte du fait que dans le monde, de plus en plus rares sont les pays qui n'admettent pas le divorce, l'admissibilité ou non du divorce devient une question quelque peu superflue.

(1) RIGAUX (François), Droit international privé, T.II, *op cit.*, p.272.

(2) *Ibidem* p.245-246.

(3) VANDER ELST (Raymond) et WESER (Marthe), *op cit.*, p.272.

Il paraît, en effet, anachronique, de vouloir maintenir des époux, dont le mariage est irrémédiablement détruit en fait, dans des liens purement "artificiels" qui, s'ils confortent la morale de certains, n'en violent pas moins le droit de chacun de tenter la reconstruction d'une vie familiale. Il s'agit de faire un choix entre deux exigences antagonistes. Celle relevant d'une morale religieuse qui considère le mariage comme un sacrement. Celle, plus conforme à l'évolution des esprits, qui accepte qu'un mariage puisse subir un échec et en tire la conséquence logique: la *rupture du lien conjugal*.

Une loi étrangère qui interdit le divorce est ainsi incompatible avec les positions juridiques internes des Etats étudiés. En outre, elle fausse le fonctionnement normal des tribunaux qui, nous l'avons vu, agissent essentiellement en conciliateurs.

D'un point de vue africain, l'inadmissibilité du divorce, érigée en principe juridique est non seulement irréaliste et anachronique, en ce qu'elle maintient des époux, dont le mariage est détruit, dans "d'indissolubles chaînes", elle porte également atteinte à l'ordre public en créant des situations socialement perturbantes. Dès lors, si les époux étrangers ou l'un deux réside dans l'un des trois pays étudiés, les tribunaux devraient abandonner le critère actuel de nationalité en faveur de celui de la *résidence habituelle commune* ou à défaut, celui de la

dernière résidence habituelle commune(1). Le divorce serait ainsi admis quelle que soit l'avis contraire de la loi nationale des époux ou de l'un deux. Au risque de donner naissance à un divorce boiteux, une telle solution est un moindre mal.

Du point de vue des Etats étudiés d'abord, elle évite des situations pouvant mettre en péril l'ordre social (concubinage, adultère, naissance hors mariage). Par rapport aux époux ensuite, en leur donnant la chance de reconstruire une vie familiale normale.

2. Des causes du divorce

La théorie en vigueur dans les Etats étudiés, selon laquelle, les étrangers admis à divorcer ne peuvent invoquer qu'une cause prévue et par leur *loi nationale* et par la *lex fori*, est inadéquate au regard de la conception africaine du divorce.

(1) Une telle solution est semblable à celles préconisées en droit belge et en droit français. V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), *op cit.* ; RIGAUX (François), *Droit international privé*, T.II, *op cit.* ; il est à cet égard intéressant de noter que la nouvelle loi suisse adopte une solution similaire. En effet, lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage, le droit suisse (qui admet le divorce) est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en suisse (art.61, al.3 L.D.I.P. du 18 décembre 1987). Dans le même sens en République Fédérale d'Allemagne, V. art.17, al.1 EGBGB, *supra*, p.171

Celle-ci rend en effet impossible l'application effective des articles 13, alinéa 2 et 136 du Code civil(1), et paradoxalement de l'article 8 du Code burundais des personnes et de la famille. Si celui-ci a introduit la notion de causes légales, l'attitude des tribunaux n'a en effet pas fondamentalement changé(2). Par ailleurs, une interprétation littérale de l'article 8 aboutit à des aberrations, si l'action en divorce est intentée par un couple de nationalités différentes. Par exemple, dans un couple belgo-rwandais, l'adultère serait considéré comme une cause légale de divorce selon la loi du mari belge, mais l'action de la femme rwandaise serait rejetée au motif que l'adultère n'est pas une cause légale de divorce en droit rwandais, loi de la femme. L'action intentée sur le même grief serait déclarée fondée si la demande émanait du mari belge agissant contre son épouse rwandaise (application de la loi du mari)(3).

Il conviendrait donc de substituer aux dispositions traditionnelles de droit international privé, des règles compatibles avec la conception que les Etats étudiés se font du divorce.

(1) Il est assez curieux que le législateur zaïrois n'ait pas prévu de modifier ces articles dans le projet de droit international privé. v. art.17 Doc. n°08/CPDRZ/003/83 et commentaires du projet, Doc. n°08/CPRDZ/003/76. Il se serait ainsi placé dans la ligne conforme au nouveau code de la famille.

(2) V. *supra* p.159

(3) La problématique serait la suivante. En droit(coutumier) rwandais; l'adultère n'est pas en lui-même une *cause déterminante*. S'il peut provoquer le divorce, ce ne peut être que d'une manière indirecte: si, suite à l'adultère, la mésentente entre époux est telle que la vie conjugale est *irréremédiablement compromise*, alors il y aurait divorce. La cause en serait cependant l'impossibilité de la vie commune, et non l'adultère.

La solution la plus cohérente consisterait à opter pour la *lex fori*: le divorce serait prononcé quelle que soit la nationalité des époux, chaque fois qu'il apparaîtrait des circonstances de fait, que le mariage est brisé quelle qu'en soit la raison(1).

Les règles traditionnelles traduisent ici la schématisation des règles de conflit de lois, qui conduit parfois à une inadéquation du résultat matériel par rapport aux principes fondamentaux du *for*. Il est en effet impensable dans la conception africaine, qu'un divorce puisse être refusé alors que de toute évidence le mariage est irrémédiablement détruit. Par ailleurs la *lex fori*, soucieuse d'analyser concrètement la situation des époux, permet ici la recherche d'une meilleure justice matérielle. Il semble que cette préoccupation se manifeste également dans le droit occidental actuel, si l'on se réfère par exemple à la législation suisse.

- (1) Notons que cette solution rencontre l'évolution des droits allemands et suisse vers une extension du rôle de la *lex fori*. Pour le divorce, le droit suisse est en principe compétent (art.61; al.1. L.D.I.P.). Exception est faite pour les époux ayant une nationalité commune, dont un seul est domicilié en Suisse. Ils sont soumis à leur droit national(art.61; al.3 L.D.I.P.), à moins que celui-ci n'autorise pas la dissolution du mariage ou ne la soumette à des conditions extraordinairement sévères. V. aussi l'art.17, al.1 EGBGB qui renvoie à l'échelle de Kegel.

Il serait souhaitable que le législateur burundais modifie les dispositions relatives aux causes du divorce, pour mieux se conformer à la réalité sociale, à savoir que seul le caractère irrémédiable de la rupture du mariage justifie le prononcé du divorce. Ce serait d'autant plus fondé que les tribunaux suivent toujours, malgré la loi de 1980, une telle démarche. L'on peut également regretter que la loi rwandaise du 27 octobre 1988 n'ait pas essayé de coller à la réalité sociale. Elle a en effet introduit la notion de *causes légales* du divorce (art.237 et s.).

En effet, le droit international privé Suisse prévoit que lorsque le droit national étranger commun aux époux soumet la dissolution du mariage à des conditions *extraordinairement sévères*, le droit Suisse (moins sévère) est applicable si l'un des époux est également Suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse (Art.61; al.3 L.D.I.P.)(1).

3. La séparation de corps

Dans le contexte de la solution proposée il conviendrait donc d'appliquer la *lex fori*. Cette institution étant cependant inconnue dans les systèmes juridiques étudiés, la demande en séparation de corps devrait être considérée comme irrecevable.

Cette solution pourrait toutefois paraître comme excessive. Pour certains couples, l'équité commanderait de ne pas maintenir dans d'indissolubles chaînes les époux désireux d'entériner juridiquement leur mésentente, mais dont la conscience leur interdit le divorce. D'aucuns ont soutenu que ce principe tient au respect des opinions de chacun, et devrait donc avoir une valeur dans l'ordre international(2).

- (1) V. aussi KNOEPLER (François) et SCHWEIZER (Philippe), "la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)", *Revue critique de droit international privé*, n°2, 1988, p.207; von OVERBECK (Alfred E.), "le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale Suisse sur le droit international privé", *Revue critique de droit international privé*, n°2, 1988, p.237.
- (2) V. LIENARD-LIGNY (Monique), *op cit.*

Cette conception est irréaliste car "ce devoir de mettre toutes les consciences à l'aise", suppose que les deux conjoints aient une même philosophie sur la question, ce qui est loin d'être toujours le cas. Et aucune des lois normalement applicables ne semble, à *priori*, pouvoir satisfaire cette exigence. Pour corriger le radicalisme apparent de la solution proposée, les tribunaux pourraient autoriser la suspension du devoir de cohabitation, en assignant une résidence séparée à chacun des époux.

L'opinion de la jurisprudence des Etats étudiés, selon laquelle la conversion de la séparation de corps en divorce est contraire à l'ordre public(1), perdrait sa pertinence dès lors que seule la *destruction irrémédiable* du ménage constituerait motif à divorce. La séparation de corps, comme la séparation de fait de longue durée, pourrait constituer des présomptions de cette destruction. L'on devrait alors pouvoir prononcer le divorce si la réconciliation des époux est devenue impossible.

*

* *

De même qu'en ce qui concerne les conditions, les solutions habituelles appliquées aux effets du divorce ne semblent pas convenir.

(1) V. *supra*, p.169

Les règles de conflit de lois en vigueur ne sont pas satisfaisantes, puisqu'elles ne permettent pas toujours l'évaluation concrète de l'intérêt de l'enfant, ou l'opportunité d'accorder ou non une suite à une demande alimentaire après le divorce. L'existence du droit à une telle prestation dépend en effet, dans les trois pays, d'une circonstance particulière: la nécessité matérielle dans laquelle se trouverait un des époux, du fait du divorce.

B. Les effets du divorce

1. La garde des enfants

La solution admise par la doctrine, application de la loi commune des époux, n'est pas satisfaisante. En effet, les conséquences psychologiques et sociales que peut avoir la décision d'un juge sur l'enfant, postulent de la part du magistrat une certaine prudence. Or, les facteurs qui président au choix des tribunaux peuvent varier d'un pays à l'autre.

L'intérêt de l'enfant devrait être considéré comme le critère fondamental et pour cela, il vaudrait mieux laisser au juge du *for*, le soin de l'apprécier souverainement et en conscience, et déterminer la personne la plus apte à protéger les mineurs, indépendamment des lois en présence. En conséquence, les dispositions d'une loi étrangère qui attribueraient la garde des enfants au critère de l'innocence ou de la culpabilité des époux, devraient être rejetées, parce que justement, ces facteurs ne préjugent pas de cette aptitude.

Cette solution pourrait sembler trop facile, mais ce serait vite oublier d'une part, qu'en droit africain le souci de la protection de l'enfant s'incarne dans les règles de la solidarité familiale et, que d'autre part, le juge peut, comme le souligne bien pertinemment Francescakis, partir du principe de l'intérêt individuel de l'enfant, en considérant qu'il s'agit là moins d'une règle de tel ou tel droit positif, que d'un "standard" de la civilisation générale actuelle tendant à protéger l'enfant à cause justement de sa faiblesse(1). Notons à cet égard que les préoccupations sociales de protection de l'enfant se manifestent de plus en plus dans le droit occidental actuel. Ainsi, bien que la garde de l'enfant relève en République fédérale d'Allemagne de l'article 19, al.2 EGBGB qui renvoi à la loi déterminée selon l'*échelle de Kegel*, celle-ci sera pourtant souvent évincée par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs(2). Il en sera probablement de même en droit suisse. La loi de la résidence habituelle de l'enfant y est compétente pour régir les relations entre parents et enfants, sauf si aucun des époux n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. Auquel cas la loi nationale commune aux parents et à l'enfant est compétente (art.82, al.1, 2. L.D.I.P.). Mais en matière de protection des mineurs, la loi applicable est régie par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (art.85 L.D.I.P.).

(1) FRANCESCAKIS (Phocion), *op cit.*, p.324-325.

(2) V. FRITZ (Sturm), "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", Revue critique de droit international privé, n°1, 1987, p.60.

2. L'obligation alimentaire entre les divorcés

La jurisprudence des trois Etats soumet l'obligation alimentaire résultant du divorce, à la loi qui régit les rapports des ex-conjoints entre eux(1). Cette solution également admise par la doctrine européenne(2), ne pose de difficultés pratiques que lorsque les époux sont de nationalités différentes. Dans ce cas, en effet, comment juger des conséquences du divorce par rapport à deux systèmes juridiques distincts. Le mieux serait donc de trouver un critère commun aux deux époux, mais "il risque d'être insaisissable (...) alors qu'ils vont choisir indépendamment l'un de l'autre, leur domicile et leur résidence"(3).

Dans tous les cas, il conviendrait de rejeter la solution jurisprudentielle en faveur de la loi du mari(4), admise dans les Etats étudiés.

-
- (1) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.258. En l'occurrence, il s'agit de la loi nationale des époux en cas de nationalité commune de ceux-ci, et à la loi du mari dans le cas contraire.
 - (2) V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), Droit international privé, 7ème éd. T.II. p.96; RIGAUX (François), Droit international privé T.II, *op cit.* p.278.; en république fédérale d'Allemagne, la loi du divorce déterminée par l'échelle de Kegel, décide si et dans quelle mesure le conjoint divorcé doit verser des aliments à son ancien époux (art.18; al.4. EGBGB). En Suisse, l'obligation alimentaire est régie par le droit applicable au divorce, sans préjudice des dispositions relatives à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (art.60 et s.; art.49 L.D.I.P.).
 - (3) RIGAUX (François), *op cit.* p.279.
 - (4) Appel, Léopoldville 8 juillet 1947 (R.J.C.B.)1948, p.13; Appel, Léopoldville; 17 octobre 1950 (R.J.C.B.), 1951, p.58. Appel, Ruanda-Urundi, 2 mars 1954 (R.J.C.B.),1954, p.204.

Elle contrevient au principe d'égalité entre l'homme et la femme . Faudrait-il alors appliquer la loi nationale à laquelle ont été emprunté les causes du divorce, comme le propose le professeur Rigaux? Cette réponse, excellente en droit international privé des pays d'Europe, ne semble guère adaptée aux besoins des pays étudiés, puisque la notion de faute ayant entraîné le divorce n'y entre pas en ligne de compte. Il paraît donc judicieux d'appliquer ici la *lex fori*. Celle-ci se justifie par la conception africaine de l'obligation alimentaire après le divorce. Seul le critère de la nécessité est pris en considération, indépendamment de l'innocence ou de la culpabilité de l'un des époux. Il serait dès lors, préférable de laisser au juge du *for* le soin de déterminer souverainement, s'il y a lieu d'accorder une pension alimentaire ou un établissement(1). Ce dernier convient mieux aux structures économiques et sociales de l'Afrique, qui ne permettent pas toujours de satisfaire l'obligation par le biais de la pension alimentaire, telle qu'organisée dans les sociétés occidentales. En outre, il permet d'éviter les difficultés propres à l'exécution internationale de l'obligation alimentaire, le capital étant constitué une fois pour toutes.

(1)Prévu en droit burundais (Art.186-193 du Code des personnes et de la famille) l'*établissement* consiste à accorder à l'époux qui se trouve dans le besoin du fait du divorce, une exploitation sur les biens de l'autre époux. Le montant de cet établissement est fixé en considération des besoins du créancier et la fortune du débiteur. Lorsque l'établissement est constitué par une propriété foncière, le créancier n'en aura que l'usufruit. L'établissement peut être constitué d'un capital financier, mobilier ou immobilier, qui assure une vie décente à l'époux pouvant se trouver dans le besoin.

Dès lors que les systèmes juridiques étudiés s'accordent sur la nature de l'obligation, les modalités de son exécution n'ont plus qu'une valeur secondaire. Dans ce contexte la *lex fori* s'impose d'autant plus qu'elle ne saurait trahir l'esprit du droit de chacune des parties en présence.

*

* *

La mentalité juridique des Etats étudiés doit également servir de base à l'étude de la filiation. Il convient en effet de partir du constat que dans ces Etats, la distinction traditionnelle entre *filiation naturelle* et *filiation légitime* ne saurait être considérée comme une catégorie utile en droit international privé. Par conséquent, d'autres solutions s'imposent.

CHAPITRE IV

LA FILIATION

La matière de la *filiation* illustre assurément bien le fait que les règles de conflit de lois héritées du système de droit européen ne sont pas toujours compatibles avec la mentalité juridique des pays étudiés. D'autre part, les solutions admises jusqu'à présent pour résoudre les conflits relatifs à la *filiation biologique* reposent sur la distinction filiation légitime-filiation naturelle qui, du point de vue africain, ne présente pas un intérêt majeur. D'autre part, la *filiation adoptive* telle qu'elle est organisée en droit européen, est un concept récent en Afrique, alors que "l'adoption africaine" s'est toujours réalisée presque automatiquement par intégration de "l'adopté" au sein de la famille élargie. Bien que ce mécanisme soit condamné par l'effritement des structures traditionnelles, l'on ne peut dans la recherche des solutions de conflit de lois, oublier l'idée essentielle que l'adoption, en Afrique, tend à offrir à l'enfant un cadre familial, et non une progéniture à un couple ou une personne désireuse d'en avoir. C'est en partant de ces considérations que nous aborderons l'étude de la *filiation*.

SECTION I: LA FILIATION BIOLOGIQUE

La recherche de la loi applicable à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, doit donc tenir compte du fait que les solutions actuelles s'appuient sur une vision classique occidentale des relations

sociales, alors que dans le domaine de la parenté, les rapports familiaux en Afrique obéissent à des règles différentes.

§1- Le concept de filiation dans les droits internes des
pays des Grands Lacs

En Afrique, les liens familiaux ne sont pas nécessairement basés sur la consanguinité, car la parenté suppose un cercle de rapports plus large, d'individu à groupe. Les enfants sont dès lors placés sur un pied d'égalité, quelles que soient les circonstances de leur naissance.

Plusieurs facteurs expliquent le système africain. Il y a d'abord la "conception vitaliste"(1) qui considère l'enfant comme une aubaine pour la famille. Cela justifie son intégration dans un cercle ou dans un groupe. L'établissement de sa filiation avec ses parents biologiques devient alors une question secondaire, car dans la philosophie africaine, la consanguinité n'est pas une donnée suffisante ni nécessaire de la parenté. Celle-ci n'est pas conçue comme un lien fondamentalement physiologique(2). L'attribution de l'enfant à un groupe familial explique ensuite le système parental.

(1) KENGO-wa-DONDO, "réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.298-299.

(2) KOUASSIGAN (Guy Adjeté), Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique francophone. Paris Pédone, 1974, p.199.

L'enfant est attribué au lignage de sa mère en régime matrilineaire, à celui du père en régime patrilineaire(1). Qu'il soit soumis à l'un ou à l'autre, il est assujetti au même régime que tous les enfants de ce groupe, indépendamment des circonstances de sa naissance(2).

Si dans l'ensemble, les nouvelles codifications africaines se rapprochent des conceptions occidentales sur la famille nucléaire, ils n'en reviennent pas moins à cette idée que tous les enfants doivent être mis sur un pied d'égalité, qu'ils soient nés ou non dans le mariage. C'est ainsi que l'article 593 du Code zaïrois de la famille interdit toute discrimination entre enfants, basée sur les circonstances dans lesquelles leur filiation a été établie.

-
- (1) Rappelons que l'appartenance à un groupe paternel ou maternel ne se confond pas avec celui de la filiation paternelle ou maternelle. Au sens occidental, la filiation est "le rapport juridique qui rattache l'enfant à ses père et mère". Verstraete (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.359. Ici ce sont les relations d'individus à individus qui dominent tandis que l'appartenance aux parentales paternelle ou maternelle suppose un cercle de rapports plus large, d'individu à groupe. La filiation matrilineaire étant envisagée comme le lien entre un enfant et le groupe de sa mère et la filiation patrilineaire de lien entre l'enfant et le groupe de son père. V. KENGO-wa-DONGO, "Réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.*
- (2) Kengo-wa-Dondo ajoute un autre facteur: la forme polygamique du mariage coutumier, qui favorisait la situation des enfants nés hors mariage, grâce au mariage subséquent des parents biologiques. Les enfants étant alors considérés comme légitimes. V. l'auteur in "Réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.309.

De même, les articles 245 et 246 du Code burundais assimilent l'enfant né hors mariage à l'enfant légitime, vis à vis de chacun de ses auteurs(1).

Cette mentalité juridique influence directement les modes d'établissement de la filiation. Ainsi, dans les Etats étudiés, la légitimité d'une filiation n'est pas liée au mariage des parents. Quelques soient les circonstances de sa naissance, l'enfant est considéré comme légitime vis-à-vis de son auteur(2). Toutefois, en droit coutumier rwandais, le mariage est une condition nécessaire mais non suffisante pour appuyer la *présomption de paternité*.

- (1) Le Code zaïrois est allé plus loin, puisqu'il a supprimé les qualifications "enfants naturels - enfants légitimes". En droit coutumier rwandais les enfants nés hors mariage n'ont pas de qualificatif commun qui les désigne. Chaque cas particulier prend un nom spécial selon la qualité des parents ou "d'irrégularité" de l'union qui liait leurs parents. Ainsi, *Umusambanano* est l'enfant issu d'un simple adultère; l'enfant que sa mère amène en se mariant s'appelle *Umuzanano*. Il est considéré comme l'enfant du mari de sa mère, si le vrai père ne le réclame pas ou reste inconnu; l'enfant d'une mère-célibataire porte le nom de *ikinyandaro*; celui qui est né de l'union incestueuse entre frère et soeur s'appelle *amacugane* ou *ubucugane* ou *umwana w'amacugane*. Cet enfant n'est jamais reconnu. Si la mère se marie ou est déjà mariée à un autre homme, l'enfant est attribué au mari de sa mère. V. BUSHAYIJA (Stanislas) *op cit.* p.161-162. A noter que les qualifications "enfants-naturels - enfants légitimes" sont contenues dans la loi du 27 octobre 1988. L'enfant naturel reconnu a toutefois les mêmes droits et obligations que l'enfant légitime à l'égard de l'époux qui l'a reconnu (art.326).
- (2) En droit classique occidental, et notamment le Code civil de 1895, la légitimité de l'enfant est fondé sur deux présomptions: la durée de gestation et la fidélité de la femme mariée. Il faut et il suffit de rapporter la preuve que d'une part, l'enfant est né d'une mère déterminée et que d'autre part, il est issu des oeuvres de son mari. V. VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge; op cit.* p.359 et s. KENKO-wa-DONDO, "réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.310-330; Commentaires du projet de Code burundais des personnes et de la famille.

Celle-ci n'y résulte pas à proprement parler du mariage, mais du versement de la dot qui, elle seule, fonde cette présomption. La dot constitue non seulement le titre du mariage; mais aussi celui de l'appartenance des enfants au groupe du père, laquelle présuppose l'établissement de la filiation paternelle. C'est à l'homme qui s'est acquitté de la dot que s'attache l'enfant né de la femme, quand bien même il se serait avéré que cet enfant n'est pas le sien(1). Et si la promesse de dot ou son versement consacre le mariage, seul le paiement intégral permet d'attribuer les enfants issus du mariage à la lignée paternelle, tandis qu'un règlement incomplet les laisse dans la lignée maternelle(2). Cette dernière hypothèse signifie que la filiation paternelle n'est pas établie.

L'appartenance des enfants au groupe du père a pour effet, en droit coutumier rwandais, de conférer l'exercice de l'*autorité parentale* exclusivement au père(3). La mère n'a qu'une autorité simplement personnelle sur ses enfants(4). A la mort du père, c'est le grand-père paternel qui exerce l'autorité(5).

(1) V. aussi en droit coutumier zaïrois, KENGO-wa-DONDO in "Réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.304. Dans la nouvelle législation zaïroise, si la dot continue d'être une condition à la formation du mariage, elle n'est plus fondée à établir la présomption légale de paternité, laquelle résulte désormais du mariage. V. Code zaïrois de la famille art.601 à 613.

(2) Appel, Ruanda-Urundi, 19 septembre 1961, RJRB, 1961, n°6, p.198.

(3) Terr. Nyanza, 7 mai 1945, BRU n°1, 1946, p. 36; chef Nyaruguru, 24 mai 1945, Servir n°2, 1946, p.93.

(4) Chef Bwishaza, 12 juin 1945, BRU, n°4, 1947, p.230; BJI, n°1, 1951, n°4, 1947, p.230; BJI, n°1, 1951, p.22; Trib. Mwami, 25 avril 1945, BRU, Shangugu, 29 avril 1945, BRU, n°7, 1949, p.396; BJI, n°8, 1950, p.67.

(5) Terr. Astrida, 9 janvier 1945, BRU, n°2, 1946; p. 88; BJI, n°9, 1948, p.291.

A défaut du grand père, ce droit appartient à l'oncle paternel(1). L'autorité parentale comprenant notamment le droit de fixer la résidence du mineur(2), la mère peut ainsi se voir retiré les enfants si elle se remarie. Il suffit simplement au grand père ou à l'oncle de prouver que la dot a été payée.

La législation de droit international privé héritée du Code civil de 1895 a été maintenue dans les trois pays étudiés, bien qu'elle n'épouse pas toujours cette conception africaine des rapports familiaux. Il serait dès lors judicieux que cette matière soit actualisée, à la lumière des réalités africaines et de l'évolution des droits modernes.

§2- La filiation biologique en droit international privé des pays des Grands Lacs

Le droit international privé positif de la filiation trouve sa source, spécialement dans les articles 7 et 5 du Code burundais des personnes et de la famille, ainsi que dans les articles 11, 12 et 210 a du Code civil de

-
- (1) Chef. Bwishaza, 12 juin 1945, BRU, n°4, 1947, p.230; chef. Rukoma, 23 février 1940, BRU, n°5, 1948, p.298.
(2) Cef. Nyaruguru, 14 juillet 1945, Servir n°6, 1945, p.312; 24 mai 1945; Servir, n°2, 1946, p.93.

1895(1). Pour l'essentiel cependant, les solutions aux problèmes posés par la loi applicable à l'établissement ou aux effets de la filiation, sont données par la doctrine et la jurisprudence des tribunaux africains.

A. Le droit positif

1. Loi applicable à l'établissement de la filiation

Les solutions généralement admises dans les trois Etats se basent, comme nous l'avons déjà noté, sur la distinction entre enfants nés dans et hors mariage(2), laquelle correspond aux schémas classiques de droit occidental, et notamment du Code civil de 1895(3).

-
- (1) Nous n'évoquerons pas dans ce chapitre le cas de la *légitimation*, dont une règle de conflit de lois spéciale est prévue par l'art.204 du Code civil de 1895 (V. *infra* p.264). Organisée par les articles 201 à 204 dudit Code, la légitimation est entendue comme étant la reconnaissance de l'enfant naturel fait conjointement par les deux époux lors du mariage. Elle résulte également du mariage subséquent de ceux qui, antérieurement, avaient déjà reconnu l'enfant (art.201.) Il convient cependant de rappeler que la légitimation est ignorée par la coutume rwandaise, par la législation burundaise et par le nouveau Code zaïrois de la famille. Dans les droits traditionnels de ces pays, l'enfant naturel reconnu était mis au même pied d'égalité que l'enfant légitime et assimilé à celui-ci, même sans mariage subséquent des parents. Ce principe de droit coutumier a été consacré par le droit burundais et par la nouvelle législation zaïroise (art.245 du Code burundais des personnes et de la famille; art.593 du Code zaïrois de la famille). L'on peut s'interroger sur la raison pour laquelle la loi rwandaise du 27 octobre 1988 consacre une section sur la légitimation, alors que par ailleurs elle assimile l'enfant naturel reconnu à l'enfant légitime (art.326).
 - (2) V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), "L'improvisation de nouvelles règles de conflits de lois en matière de filiation", Revue critique de droit international privé, 1972, Sirey p.2; RIGAUX (François), Droit international privé, T.II, *op cit.* p.288.
 - (3) V. VESRTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.* p.359 et s.; KENGO-wa-DONDO, "réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.310-330.; commentaires du projet de Code burundais des personnes et de la famille.

C'est la logique Napoléonienne qui considère le mariage monogamique comme élément essentiel des relations sociales(1), l'enfant né hors mariage ayant peu de droits, faute d'appartenir à un groupe familial "respectueux de la morale publique".

a) Etablissement de la filiation résultant du mariage

La filiation découlant d'une union légitime est gouvernée par la loi applicable aux effets du mariage sur la personne des enfants. En l'occurrence, celle de la *nationalité du père au moment de la naissance*(2). Lorsque l'enfant et son auteur n'ont pas la même nationalité, la question de savoir à quelle loi donner la préférence ne se pose donc pas. De même, le conflit mobile est aisé à régler, puisqu'en cas de changement de nationalité du père, le rattachement se fera toujours à la loi d'origine.

- (1) KENGO-wa-DONDO, "réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.310 et s.
- (2) Art.7 du Code burundais des personnes et de la famille; VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo Belge, *op cit.* p.449; de BURLET (Jacques), *op cit.* p.260.

b) Etablissement de la filiation hors mariage

1) Reconnaissance volontaire

1° Les conditions de fond

Doctrine et jurisprudence(1) admettent que la filiation hors mariage doit être soumise à la *loi nationale des parties*. Cette solution ne suscite pas de difficultés quand les intéressés ont la même nationalité. Les complications n'apparaissent qu'en cas de divergence de nationalités entre l'enfant et son auteur, hypothèse sur laquelle la doctrine a longtemps hésité. Trois solutions ont été proposées: application de la loi de l'enfant, celle de l'auteur ou des deux lois nationales cumulativement(2).

Aucun texte ne régit, dans les trois pays, les conflits de lois relatifs à la *reconnaissance volontaire* d'enfant. Verstraete interprète l'article 210a du Code civil de 1895(3) comme imposant une solution *cumulative* des deux ou même trois lois(4), si les deux auteurs sont de nationalités différentes.

(1) V. COIPEL (Michel), *op cit.* p.90, n°49.

(2) VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge, op cit.* p.446; de BURLET (Jacques), *op cit.* p.261.

(3) L'article 210a dispose que l'action en recherche de paternité ne peut être reçue contre les étrangers que conformément à leur loi nationale.

(4) Loi du père, de la mère, de l'enfant ou celle des auteurs de l'enfant.

Il la rejette par ailleurs puisque, selon lui, ce système favorise l'accumulation des facteurs de division et l'émiettement du régime de la filiation(1).

Le professeur de Burlet ne partage pas l'opinion de Verstraete. Il estime qu'il ne faudrait pas considérer la solution de l'article 210a comme s'imposant au juge, en raison de l'assimilation des conflits relatifs à la reconnaissance à des conflits en matière de *recherche de paternité*. La reconnaissance met avant tout en cause la capacité de celui qui reconnaît. L'auteur en conclut qu'à défaut d'un texte exprès en sens contraire, elle devrait être régie au fond par la *loi de son auteur*.

2° Les conditions de forme

Pour ce qui concerne la forme de la reconnaissance, l'article 11 du Code civil de 1895 (article 5 du Code burundais) la soumet soit à la loi du lieu où la déclaration est faite, soit à la loi nationale de toutes les parties. En conséquence, la reconnaissance d'enfant né hors mariage est considérée comme valable, si les formes de la loi *locale* et celles des lois nationales de celui qui reconnaît et de celui qui est reconnu ont été respectées(2).

(1) VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.*, p.451-452.

(2) de BURLET (Jacque), *op cit.* p.236.

2) Reconnaissance judiciaire

En matière de *reconnaissance judiciaire*, le droit international privé des Etats étudiés s'est prononcé pour une solution *cumulative* des lois nationales des parties(1). Aux termes de l'article 210 a) *in fine* du Code civil de 1895, l'action en recherche de paternité ne peut être reçue contre les étrangers que conformément à *leur loi nationale*. Par conséquent, il n'est pas possible d'accorder le bénéfice de l'action en recherche de paternité, organisée par la *lex fori*, à un étranger dont la loi nationale ignore cette possibilité(2).

En l'absence de texte régissant les conditions relatives à l'établissement de la filiation, ainsi qu'aux délais d'intention de l'action, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la loi de celui qui est recherché, c'est-à-dire de l'*auteur prétendu* de l'enfant(3).

2. Loi applicable aux effets de la filiation

a) L'autorité parentale

L'*autorité parentale* est régie par la *loi nationale* commune à celui ou à celle qui l'exerce et à celui ou celle sur qui elle s'exerce.

(1) Appel, Léopoldville, 28 décembre 1943, RJCB, 1944 p.140.

(2) VERSTAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.*, p.451: de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.264.

(3) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.264-265. Les délais sont considérés par la jurisprudence comme n'étant pas des délais de procédure, auquel cas elles seraient soumises à la *lex fori*, mais constituent un élément du droit de recherche lui-même.

S'il y a divergence de nationalités, le professeur de Burlet préconise l'application de la loi de celui qui *prétend exercer l'autorité parentale*(1). En cas de conflit mobile, suscité par un changement de nationalité intervenu depuis la naissance de l'enfant, sa préférence va à la loi de la nationalité que possédait celui ou celle qui doit exercer l'autorité parentale au moment de la naissance de l'enfant(2). Verstraete distingue selon qu'il s'agit d'une filiation résultant du mariage ou d'une filiation hors mariage. Dans le premier cas, la solution est, selon lui, donnée par l'article 12, alinéa 3 du Code civil de 1895: il faut appliquer la loi de la *nationalité du père au moment de la naissance*(3). Dans la seconde hypothèse, l'auteur opte pour la *loi personnelle de l'enfant*(4).

Cette dernière solution a été longtemps admise en France(5), avant d'y être quelque peu restreinte par l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961. Celle-ci impose, en effet, l'application de la *loi nationale de l'enfant*, qu'il soit né dans ou hors mariage. Cette loi est également préférée en Belgique lorsqu'il y a divergence de nationalités entre les parents et l'enfant(6).

(1) de BURLET (Jacques) *op cit.*, p.273-274.

(2) *ibidem*.

(3) L'article 12 alinéa 3 du Code civil et l'article 7 du Code burundais des personnes et de la famille, disposent que le mariage est régit quant à ses effets sur la personne des enfants, par la loi de la nationalité du père au moment de la naissance.

(4) VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo Belge, op cit.*, p.527.

(5) V. TOPOR (Lucienne), *Les conflits de lois en matière de puissance parentale*, Dalloz, Paris, 1971, 402, p.

(6) WESER (Martha) et VANDER ELST (Raymond) *op cit.*, p.99.

b) L'obligation alimentaire

L'obligation alimentaire est, sous réserve de l'ordre public, régie par le statut personnel(1). En cas de divergence de nationalités entre parents et enfants nés dans le mariage, Verstraete estime qu'en application de l'article 12, alinéa 3 du Code civil de 1895, la *loi nationale du père au moment de la naissance* de l'enfant est compétente. Pour le professeur de Burlet, "la solution des conflits de lois relatifs aux obligations alimentaires est fonction de la conception que l'on a à leur égard. Dans la mesure où l'on considère qu'elles se rattachent étroitement à l'ordre public local, on admettra volontiers que ce dernier doit intervenir pour assurer le minimum d'assistance prévue par la loi du *for*; si en revanche, on estime que l'ordre public local n'est pas atteint par l'application d'une loi étrangère moins favorable aux créanciers d'aliments que ne l'est la loi locale, les conflits résultant de la nationalité différente du créancier et du débiteur d'aliments trouveront une solution dans l'*application cumulative* des lois en présence ou dans le recours à la notion d'*intérêt prépondérant*"(2). Quant aux conflits relatifs à des obligations alimentaires basées sur la filiation hors mariage, le professeur de Burlet estime que les principes utilisés à la recherche de paternité doivent s'imposer: application *cumulative* des lois du créancier et du débiteur pour le *droit aux aliments*, et par référence à la *loi du débiteur* en ce qui concerne les *modalités d'attribution* de ces aliments.

(1) Appel Ruanda-Urundi, 2 mars 1954, RJCB, 1954, p.204.

(2) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.276.

Pour Verstraete, à défaut d'un texte précis, c'est la *loi de l'enfant* qui devrait s'appliquer dans les relations entre parents et enfants nés hors mariage(1).

c) La transmission de la nationalité

1- Effet de la filiation résultant du mariage sur la nationalité

Au Burundi et au Rwanda, l'enfant acquiert automatiquement la *nationalité du père*(2). La mère ne transmet la sienne que subsidiairement et ce dans les cas explicitement prévus par la loi(3). Ce faisant, elle laisse la porte ouverte à un éventuel conflit négatif de nationalités: l'enfant né d'une *Murundikazi* et d'un étranger, deviendrait *apatride* si la loi personnelle de ce dernier ne lui accordait pas la nationalité du père. Il serait donc souhaitable que le législateur comble cette lacune en permettant la transmission automatique de la nationalité par la mère, chaque fois que l'enfant ne peut acquérir celle de son père (4).

(1) VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.*, p.279-280 et 528.

(2) Art.2a Cod. nat. bur.; art.3, 1° Cod. nat. rwand.

(3) Art.2a Cod. nat. bur.; art.3, 2° Cod. nat. rwand.

(4) L'on pourrait aussi imaginer de conférer automatiquement la nationalité de la mère, comme le prévoit le législateur zaïrois, inspiré des lois récentes qui traduisent le souci de mettre les époux sur un pied d'égalité.

L'enfant né d'une rwandaise et d'un étranger n'acquiert la nationalité de sa mère, que si le père est sans *nationalité* ou de *nationalité inconnue* (1). Cette disposition devrait, semble-t-il, en l'absence d'un texte précis, s'interpréter extensivement en faveur de l'enfant né dans le mariage, au cas où la loi nationale du père ne lui permet pas d'acquérir la nationalité de celui-ci.

En droit zaïrois, le père aussi bien que la mère transmettent automatiquement la nationalité zaïroise(2).

2- Effet de la filiation hors mariage sur la nationalité

L'enfant né hors mariage, reconnu par un père burundais ou un père rwandais, acquiert la *nationalité de son auteur*(3), quelle que soit sa filiation maternelle. Celle-ci est prise en considération seulement lorsque la filiation paternelle n'est pas établie. L'enfant acquiert alors la nationalité de sa mère burundaise(4) ou de sa mère rwandaise(5) selon le cas.

L'article 11, al.2 du Code de la nationalité rwandaise accorde cependant au gouvernement, le pouvoir de s'opposer à l'acquisition, par un enfant mineur né hors mariage, de la nationalité rwandaise de son père ou

(1) Art.3, 2° Cod. nat. rwand.

(2) Art.5 Cod. nat. zaïr.

(3) Art.2 Cod. nat. bur.; art.3, 3°Cod. nat. rwand.

(4) Art.3c Cod. nat. bur.

(5) Art.4 Cod. nat. rwand.

le cas échéant de la mère, si ceux-ci viennent à l'acquérir(1). Cette disposition est critiquable car l'enfant risque l'*apatridie* s'il n'a pu acquérir la nationalité d'origine de son auteur.

En droit burundais, l'enfant né hors mariage est *Murundi* par filiation maternelle, mais perd d'office cette nationalité, si sa filiation avec un père étranger est ultérieurement établie par reconnaissance volontaire ou judiciaire(2). L'enfant perd la nationalité burundaise, même si cette reconnaissance n'a pas pour effet de lui en conférer une autre. Il n'échapperait à l'*apatridie* que si le législateur burundais permettait à l'enfant né hors mariage de conserver la nationalité de sa mère, dès lors qu'il n'acquiert pas celle de son auteur étranger. Ce principe est prévu par l'article 16 de la Convention de la Haye du 12 avril 1930, ainsi que l'article 1er de la convention de Berne du 13 septembre 1973. Il a été intégré par le droit zaïrois et le droit rwandais(3).

En principe, qu'il soit né dans ou hors mariage, est zaïrois l'enfant dont le père ou dont la mère possède cette qualité(4).

(1) Opposition pour cause d'indignité ou par défaut d'assimilation, soit pour cause d'incapacité physique ou mentale (art.8; al.6)

(2) Art.15c) Cod. nat. bur.

(3) V. art.28 Code nat. zaïr. Ce principe est appliqué en droit rwandais à l'enfant né ou trouvé au Rwanda. Si celui-ci est reconnu par un étranger, il ne perd la nationalité rwandaise que si la reconnaissance a pour effet de lui faire acquérir la nationalité de son auteur. Dans le cas contraire, il conserve la nationalité rwandaise (art.5). Nous pensons que cette règle devrait être appliquée au cas de l'enfant né hors mariage, reconnu par un auteur étranger sans acquérir la nationalité de celui-ci.

(4) Art.5 Cod. nat. zaïr.

Toutefois, lorsqu'il est reconnu par un père étranger, il perd cette nationalité si la reconnaissance a pour effet l'acquisition, par l'enfant, de la nationalité de son auteur(1). C'est donc une exception au principe de l'article 5 qui permet à la mère de transmettre automatiquement la nationalité zaïroise.

*

* *

On le constate donc, le droit international privé positif de la filiation souffre des imperfections et des lacunes de la législation coloniale, mais aussi de son inadaptation à la logique du droit africain.

En partant de l'observation du professeur Rigaux, selon laquelle la distinction entre *filiation légitime* et *filiation naturelle* ne devrait plus représenter une catégorie utile en droit international privé, nous suggérons d'autres formules compatibles, semble-t-il, avec la mentalité juridique des pays étudiés et la tendance actuelle du droit comparé. On notera à cet égard que la distinction *filiation légitime* et *filiation naturelle* ne constitue plus une catégorie utile dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé. Celle-ci différencie

(1) Art. 28 Cod. nat. zaïr.

seulement la *filiation par naissance* (art. 66 et s. L. D. I. P.) et *l'adoption* (art. 75 et s. L.D.I.P.). L'établissement de la filiation biologique est régi par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 68 L.D.I.P.) au moment de la naissance (art. 69, al. 1 L.D.I.P.) ou exceptionnellement au moment de l'action en constatation ou en contestation judiciaires de la filiation (art. 69, al. 2 L.D.I.P.). La récente loi allemande de réforme du droit international privé maintient, quant à l'établissement de la filiation, la distinction filiation légitime (art. 19, al. 1 BGBGB) et filiation naturelle (art. 20 al. 1 BGBGB). Mais pour ce qui est des effets de la filiation, la loi de réforme distingue non pas filiation légitime et filiation naturelle, mais enfants dont les parents sont engagés dans les liens du mariage et enfants dont les parents ne remplissent pas cette condition, peu importe qu'un mariage n'ait jamais existé ou que le mariage ait été dissous par décision judiciaire ou par le décès du père ou de la mère (art. 19, al. 2; art. 20, al. 2 BGBGB).

B. Propositions de lege ferenda

1. Loi applicable à l'établissement de la filiation

En partant du constat que la légitimité d'une filiation est, dans les trois pays, indépendante du mariage, et que la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle n'est pas une constante du droit des personnes, l'on doit admettre que cette distinction cesse, par la même, de

constituer une catégorie utile en droit international privé(1). Sans pour autant oublier que si le mariage ne peut plus qualifier la filiation, il n'en demeure pas moins "un chaînon essentiel pour le fonctionnement de la présomption légale de paternité"(2). En effet, quel que soit le souci légitime d'unifier le statut de tous les enfants, le mariage continue de jouer un rôle important dans l'établissement de la filiation. Le refus de discriminer les enfants quant aux effets de leur filiation, ne saurait donc justifier l'application d'un même rattachement de droit international privé(3).

C'est la raison pour laquelle il convient de retenir pour l'établissement de la filiation résultant du mariage, une autre solution. Celle annoncée par le professeur Rigaux nous paraît opportune: la *loi nationale de chaque personne* détermine si un lien de maternité ou de paternité se forme de plein droit à l'égard de l'enfant, au moment de la naissance.

(1) RIGAUX (François), T.II, *op cit.*, p.288.

(2) *Ibidem*

(3) WESER (Martha) et VANDER ELST (Raymond), Droit international privé belge, *op cit.* p.98. V. l'exemple de la loi française n°72-3 du 3 janvier 1972, fort critiquée, qui soumet la filiation, tant celle issue du mariage que celle résultant de relations hors mariage, à la loi de la mère. Elle induit du droit interne la compétence uniforme de la loi de la mère, alors que cette volonté d'unification du législateur français ne devait tout de même pas ignorer le caractère spécifique de l'établissement de ces deux filiations. V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), "L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation" *op cit.*; FADLALLAH (Ibrahim), La famille légitime en droit international privé, *op cit.* p.268.

Cette règle doit cependant être nuancée, compte tenu du rôle important de la dot dans la mise oeuvre de la présomption de paternité en droit rwandais. C'est l'occasion de réaffirmer le rôle facultatif que doit jouer cette institution, dans le mécanisme de régulation du droit dans les relations internationales.

a) Etablissement de la filiation résultant du mariage

La solution retenue par le droit international privé des pays des Grands lacs - application de la *loi de la nationalité du père* au moment de la naissance - n'est pas adaptée à leurs systèmes juridiques internes, étant donné que la légitimité d'une filiation n'est pas liée au mariage des parents. En outre, la loi du père, comme loi des effets du mariage, n'est certainement pas la mieux indiquée pour déterminer la légitimité d'une filiation entre l'enfant et sa mère. Dans cette relation triangulaire, père-mère-enfant, l'on serait tenté de proposer après bien d'autres, l'application de la *loi nationale de l'enfant*. Ne s'agit-il pas en effet de déterminer, au premier chef, son statut? Cependant, ainsi que l'on pertinemment rappelé les professeurs Rigaux et Van Hecke, cela entraînerait le juriste dans un cercle vicieux. Le père et la mère ne partageant pas toujours la même nationalité; on ne pourrait prétendre déterminer la nationalité d'un enfant selon sa loi personnelle, alors que généralement il ne l'acquiert qu'après l'établissement de sa filiation⁽¹⁾.

(1) van HECKE (Georges) et RIGAUX (François), in Revue critique de jurisprudence belge, 1982, Bruylant, p.410.

Le professeur Rigaux suggère une solution pratique et de bon sens: la *loi nationale de chaque personne* doit déterminer si un lien, de maternité ou de paternité, se forme de plein droit à l'égard de l'enfant au moment de sa naissance. "Ainsi, d'une part, l'établissement de la filiation maternelle par l'effet de la loi est soumis à la *loi nationale de la mère* au jour de la naissance. Si, d'autre part, il peut être allégué que la mère était unie à un homme au moment pertinent pour la mise en oeuvre d'une présomption légale de paternité, il appartient à la *loi nationale* de cet homme de décider s'il y a mariage et s'il en découle une présomption légale de paternité"(1).

L'application de cette règle devrait cependant être réalisée, en Afrique Centrale, à la lumière des propositions énoncées précédemment, eu égard au rôle de la dot en droit rwandais. La présomption de paternité n'y résulte pas à proprement parler du mariage, mais du versement de la dot(2). Celle-ci, et elle seule, fonde cette présomption(3). Pour éviter des

(1) RIGAUX (Francois), T.II, *op cit.*, p.289.

(2) V. Chef. Busanza, 29 octobre 1948, n°17667, BJRU, 1954, n°13, p.745; chef. Nyaruguru, 12 novembre 1948, n°1706, BJRU, 1954, n°13, p.784; chef. Mvejuru, 26 oct. 1949, n°147, BJRU, 1954, n°13, p.765; chef. Buhanga-Ndara, 26 mars 1949, n°147, BJRU, 1954, n°13, p.765; chef. Busenyi, 10 mai 1954, BJRU, 1955, n°15, p.926; chef. Mvejuru, 10 avril 1947, n°1313; BJRU, 1954 n°13 p.765; chef Buhanga-Ndara, 19 oct. 1946, n°969, BTI, 1958, p.317; 1ère instance, Bujumbura, 7 avril 1965, RAJB, 1969, n°3, p.44.

(3) V. *supra*, p.188

situations aberrantes, il faudrait, comme nous l'avons suggéré, ne reconnaître à la dot qu'un rôle facultatif dans le mécanisme de régulation du droit dans les relations internationales. Supposons, par exemple, un mariage conclu entre un rwandais et une burundaise. La dot, en tant que condition de fond du mariage, serait soumise à la loi de la femme, en l'occurrence la loi burundaise(1), laquelle reconnaît la validité du mariage sans dot. En appliquant la solution proposée par le professeur Rigaux, la présomption légale de paternité serait régie par la *loi du mari*, ici le droit rwandais. Nous aurions alors cette situation que, de part et d'autre, la validité du mariage serait reconnue, alors que le mari ne serait pas juridiquement père de l'enfant, cela fut-il matériellement établi.

De même, si en ce qui concerne le *désaveu de paternité*, les règles de conflit de lois actuelles des pays étudiés semblent cohérentes par rapport à la solution du professeur Rigaux, il faudrait pour la même raison, ne pas prendre en considération le rôle de la dot.

(1) V. *supra*, p.111-112

En effet, les conditions de fond(1) sont soumis à la loi nationale des parties(2). En cas de divergence de nationalité entre le père et l'enfant, le désaveu de paternité est régit par la loi nationale du père(3). Cette solution se situe dans la logique de la règle proposée précédemment quant à l'établissement de la filiation résultant du mariage. Cependant, si la loi applicable (loi du père) est la loi rwandaise, la dot ne devrait pas être impérieusement prise en considération dans le processus de désaveu de paternité(4).

-
- (1) Il appartient à la *lex fori* de déterminer les règles de procédure et de compétence relatives à une action en désaveu. VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.448; de BURLET (Jacques), *op cit.* p.269.
- (2) Appel, Ruanda-Urundi, 15 oct. 1957, *RJCB*, 1959, p.109; Appel, Ruanda-Urundi, 24 février 1959, *RJAC*, 1961, p.91, V. aussi les nombreuses décisions citées par COIPEL (Michel) in "Répertoire de droit international privé zaïrois", *op cit.* p.91. Quant au délai d'intentement du désaveu, il est considéré comme une condition de fond régie par la loi nationale. V. COIPEL (Michel), *op cit.* p.91 n°53. Cette solution s'appuyerait sur l'idée selon laquelle "la durée des délais serait le signe de la faveur ou de l'hostilité du législateur vis à vis du désaveu: les délais seraient donc inséparables du fond". V. de BURLET (Jacques), *op cit.* p.270 note 649.
- (3) Appel, Ruanda-Urundi, 24 février 1959, *RJAC*, 1961, p.91. également en faveur de la loi nationale du père, v. de BURLET (Jacques), *op cit.* p.269; RIGAUX (François) et van HECKE, *op cit.* p.412.
- (4) En droit coutumier rwandais, le mari désavoue l'enfant né de sa femme en se faisant restituer la dot. C'est cette démarche qui consacre juridiquement la rupture du lien de filiation. Chef. Bwanacyambwe, 16 juin 1946, *BJRU*, n°2, 1946, p.93; chef. Busanza, 29 oct. 1948, n°1767, *BJRU*, 1954, n°13, p.745; chef. Mvejuru, 26 oct. 1949, n°147, *BJRU*, 1954 n°13, p.765; chef. Buhanga-Ndara, 8 juin 1951, n°1217, *BJRU*, 1954, n°13, p.775.

Si l'application d'un même rattachement ne semble donc pas convenir à l'établissement de la filiation résultant du mariage, elle est préférable pour la filiation hors mariage. A cet égard, la loi nationale commune de l'enfant et de son auteur a été proposée, tandis que la doctrine hésitait sur la loi applicable lorsque les parties n'ont pas la même nationalité.

b) Etablissement de la filiation hors mariage

1° Reconnaissance volontaire

Il est bien évident que, concernant les *conditions de fond* de la reconnaissance volontaire, le choix entre les différentes solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence(1), dépend "de la conception que l'on a de la filiation hors mariage et des éléments qui, en fonction de cette idée, apparaissent comme prépondérants(2)".

A notre avis, *la loi de l'enfant* paraît plus opportune dans la mesure où "elle place dans la personne dont l'intérêt doit être jugé prépondérant, le centre de gravité de la relation triangulaire enfant-père-mère"(3).

(1) V. *supra*, p.192-193

(2) de BURLET(Jacques), *op cit.* p.261.

(3) RIGAUX (François), T.II, *op cit.*, p.290. Il semble que la jurisprudence belge, traditionnellement favorable à la loi du parent qui reconnaît l'enfant, s'oriente maintenant vers l'application de la loi nationale de l'enfant à la validité d'une reconnaissance de filiation. V. RIGAUX (François) et van HECKE (Georges), *op cit.*, p.412-413.

Elle a en outre l'avantage de favoriser l'unité de la loi applicable à la filiation hors mariage"(1).

Quant aux *conditions de forme*, il ne paraît pas nécessaire de remettre en cause le principe d'une solution de conflit de lois alternative, qui justifie le souci de favoriser la validité de la reconnaissance. Toutefois, l'application alternative des lois nationales de l'auteur et de l'enfant(2) n'est pas réaliste, car il n'est pas toujours possible de concilier les exigences de chacune des lois. Aussi, serait-il plus raisonnable de n'appliquer que la *loi nationale de l'auteur*.

2° Reconnaissance judiciaire

Du fait que l'intérêt prépondérant se trouve dans le chef de l'enfant, et qu'il est nécessaire d'assurer l'unité de la loi applicable à la filiation hors mariage, il paraît meilleur de soumettre la reconnaissance judiciaire à la loi personnelle de l'enfant(3).

- (1) RIGAUX (François), T.II, *op cit.* p.290; WESER (Martha) et VANDER ELST (Raymond), *op cit.* p.99.
- (2) V. *supra*, p.193
- (3) La jurisprudence burundaise récente s'est ralliée à cette solution. La jurisprudence antérieure appliquait la solution cumulative. 1ère instance, Urundi, 10 mai 1961, RJDC, 1961, p.139; 1ère instance, Stanleyville, 28 février 1947, RJCB, 1947, p.197. En France, la reconnaissance judiciaire est soumise à la loi personnelle de la mère et, si elle n'est pas connue, à la loi personnelle de l'enfant. Soumettre la recherche de paternité à la loi de la mère "a de quoi surprendre" et plusieurs auteurs en ont souligné l'inconvénient. V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), "L'improvisation de nouvelles règles de conflits de lois en matière de filiation", *op cit.* p.17 et s.

L'on pourrait conclure ce premier paragraphe par ce constat que la recherche de la loi applicable à l'établissement de la filiation ne doit en aucun cas, se fonder sur la distinction classique filiation légitime filiation naturelle. Ce qui est tout aussi vrai pour la loi régissant les effets de la filiation.

2. Loi applicable aux effets de la filiation

a) L'autorité parentale

L'application à *l'autorité parentale* de la loi nationale de l'enfant, qu'il soit né dans ou hors mariage, devrait être admis dans les pays étudiés. D'une part, en raison du rapport qui existe entre la réglementation de l'établissement de la filiation et celle des conséquences de la paternité juridiquement constatée(1). D'autre part, parce que l'autorité parentale doit se comprendre moins comme un droit que comme un devoir qui impose aux père et mère une obligation de protection de la personne et des biens de l'enfant. Et ce quelque soit les circonstances de sa naissance.

Cette idée que l'intérêt de l'enfant doit seul guider l'exercice de l'autorité parentale appelle une exception à l'application de la loi

(1) TOPOR (Lucienne), *op cit.*, p.65-66.

nationale de l'enfant. Ainsi, les autorités du pays dans lequel réside habituellement l'enfant, devrait avoir la faculté de prendre des mesures de protection aptes à mettre l'enfant à l'abri des dangers susceptibles de compromettre ses intérêts personnels et patrimoniaux(1).

Si l'application de la *loi nationale de l'enfant* à l'autorité parentale est préférable, en cas de divergence de nationalités, il faut cependant tenir compte des propositions faites sur le droit de garde. Celui-ci, ainsi que nous l'avons suggéré(2), ressortirait de la compétence du juge saisi qui apprécierait souverainement, l'intérêt de l'enfant pour décider à qui confier sa garde. Celle-ci devrait donc échapper à la compétence de la loi nationale de l'enfant.

Pour l'*obligation alimentaire*, la jurisprudence des Etats étudiés applique la loi nationale des parties. S'il y a différence de nationalités, la doctrine propose, en l'absence d'un texte précis, diverses solutions qui illustrent la controverse des auteurs classiques quant à la nature de l'obligation alimentaire.

(1) Ce principe, adopté par les récentes législations suisse et allemande (v. art.82, al.3 et 85, al.2 L.D.I.P.; art.19, al.3 EGBGB), s'inspire de l'article 8 de la Convention de la Haye du 5 oct. 1961 sur la loi applicable en matière de protection des mineurs. Cet article prévoit expressément la compétence des autorités et de la loi de la résidence habituelle de l'enfant lorsque celui-ci est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou ses biens.

(2) V. *supra*, p.179-180

b) L'obligation alimentaire

Les solutions proposées par Verstraete et le professeur de BURLET(1), traduisent bien la polémique de certains auteurs: les uns considèrent l'*obligation alimentaire* comme une conséquence directe et indissociable de l'état des personnes, et la rattache au statut personnel. Les autres estiment que pour des raisons d'intérêt social, l'obligation alimentaire devrait être attachée aux lois de police(2). Vander Elst et Marthe Weser voient dans cette polémique une façon "de donner une solution subtile à un faux problème, ou du moins à un problème mal posé"(3). Aussi suggèrent-ils un rattachement accessoire qui consiste "à faire régir l'obligation alimentaire par la même loi que l'institution ou le rapport juridique dont elle découle"(4). L'obligation alimentaire serait en effet, de façon générale, l'accessoire d'un rapport juridique principal et devrait ainsi suivre le sort de ce dernier en droit international privé. La créance de l'enfant né hors mariage ou celle de l'enfant né dans le mariage, seraient donc respectivement déterminées par la même loi que la filiation hors mariage ou que la filiation résultant du mariage(5).

(1)V. *supra*, p.196-197

(2)WESER (Marthe) et VANDER ELST (Raymond), *op cit.*, p.104-105.

(3)*Ibidem*, p.105

(4)*Ibidem*, p.105, note 57.

(5)*Ibidem*

Il paraît préférable, pour les pays étudiés, de s'inspirer des principes posés par la convention de La Haye de 1956(1): en matière d'obligation alimentaire, c'est la loi de la résidence habituelle de l'enfant ou à défaut, celle de sa dernière résidence habituelle, qui est compétente. Cependant, l'Etat dont les parties possèdent la nationalité peut appliquer sa propre loi. Il en est de même lorsque la personne à qui les aliments sont réclamés a sa résidence habituelle dans ces Etats, ou si celui-ci est saisi d'une demande.

- (1) La Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (24 octobre 1956) est entrée en vigueur en Allemagne Fédérale, en Autriche, en Espagne, en France, en Italie, au Japon, au Grand-Duché de Luxembourg, aux Pays-Bas, au Portugal, en Suisse, en Turquie et au Liechtenstein.

Les principes établis par cette convention sont les suivants:

- 1) La loi de la *résidence habituelle* de l'enfant détermine si, dans quelle mesure et à qui l'enfant peut réclamer des aliments. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, la loi de la nouvelle résidence est applicable à partir du moment où le changement s'est effectué. La dite loi régit également la question de savoir qui est admis à intenter l'action alimentaire et quels sont les délais pour l'intenter (art.1).
- 2) Chacun des Etats peut toutefois déclarer applicable *sa propre loi* si
 - a) la demande est portée devant une autorité de cet Etat,
 - b) la personne à qui les aliments sont réclamés ainsi que l'enfant ont la nationalité de cet Etat, et
 - c) la personne à qui les aliments sont réclamés a sa résidence habituelle dans cet Etat (art.2).
- 3) Cependant, est appliquée la loi désignée par les règles nationales de conflit de lois de l'autorité saisie, au cas où la loi de la résidence habituelle de l'enfant (par le terme "enfant", la convention entend tout enfant légitime, non légitime ou adoptif, non marié et âgé de moins de 21 ans accomplis) lui refuse tout droit aux aliments (art.3).
- 4) La loi déclarée applicable, selon les principes précédents, ne peut être écartée que si son application est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat dont relève l'autorité saisie (art.4).
- 5) Les décisions rendues en application des règles qui précèdent ne pourront préjuger des questions de filiation et des rapports familiaux entre le débiteur et le créancier (art.5).

Cette convention a l'avantage de contenir en elle-même les différentes conceptions qui au fond, sont toutes discutables. En effet, l'on ne peut nier que l'obligation alimentaire soit une conséquence de l'état des personnes. Il est cependant tout aussi vrai que l'intérêt social du *for* peut être atteint par le fait qu'un enfant soit privé de toute assistance. La Convention a le mérite de la souplesse en ce qu'elle propose, à cet égard, des solutions alternatives tout en tenant compte de l'intérêt prépondérant qui se concentre dans le chef de l'enfant. Celui-ci devrait, autant que possible, toujours constituer le point de mire de toute réglementation sur les effets de la filiation, y compris la nationalité.

L'enfant doit demeurer le centre de toute préoccupation en matière de filiation. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'*adoption*. Dans son acception moderne, celui-ci est un concept récent en Afrique, et il importe de maintenir des garanties d'une protection efficace de l'enfant, lesquelles, dans les relations internationales, obéissent forcément à d'autres mécanismes que celles connues dans les droits coutumiers. Tel est le sens des propositions émises dans la dernière partie de ce chapitre.

SECTION II: LA FILIATION ADOPTIVE

L'*adoption*, en tant qu'elle relève de l'état des personnes, est réglée par la loi nationale des parties. Lorsque celles-ci sont de nationalités différentes, il se pose la question de savoir à quelle loi doit être accordée la prééminence. Selon Verstraete, il y aurait lieu "de dégager, dans chaque législation, les conditions de validité substantielle qui doivent rester résolues par le législateur dans la sphère duquel rentre la protection de l'intérêt social"(1). Pour sa part, de Burlet préconise d'opérer une distinction entre "les conditions nécessaires pour qu'une adoption puisse se réaliser et les effets de cette adoption une fois réalisée"(2). Les premières pourraient être régies par des lois différentes, alors que les secondes devraient être soumis à une loi unique(3).

Nous verrons dans cette section que la doctrine n'a pas toujours été unanime pour proposer une solution. Le professeur de Burlet opte pour l'application *cumulative* des lois nationales à l'*admissibilité de l'adoption*, tandis que la doctrine européenne majoritaire préconise l'application d'*une loi unique* en l'occurrence la *loi de l'adoptant*. Celle-ci semble convenir aux Etats étudiés, puisqu'elle correspond socialement à l'objectif de l'adoption africaine.

(1)VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.* p.488-489.

(2)de BURLET (Jacques), *op cit.* p.271.

(3)*Ibidem*.

§1- L'adoption en droit africain traditionnel et son évolution

L'adoption, telle qu'elle est organisée dans les droits modernes, est une notion très récente en Afrique(1). Certains ont ainsi conclu à l'inexistence de cette institution(2), puisque dans les moeurs africaines on ne cède jamais un enfant à d'autres personnes, par le biais de la loi(3). En réalité, il existe des mécanismes permettant de donner à l'enfant abandonné ou orphelin, un cadre familial d'accueil. Les charges des parents naturels sont redistribuées aux survivants, et le placement des orphelins est réalisé par la famille élargie, mobilisée pour accueillir l'enfant "qui lui appartient".

L'*adoptant* assure dans ce cas, une partie de la responsabilité globale qui est prise en charge par la communauté toute entière(3). L'*adopté* n'est d'ailleurs pas tenu d'accepter le lien particulier qu'on lui suggère. Sa préférence peut aller à d'autres membres de la communauté. C'est en grandissant qu'il choisira et manifestera ses affinités privilégiées qu'il aura nouées avec tel ou tel membre de la famille.

- (1) V. MELONE (Thomas), in L'adoption vécue, Seuil, Paris, 1978, Dossier réuni par Jacqueline ADLER, p.234.
- (2) V. Terr. Costermansville, n°44, 13 mars 1951, BJI, 1954, p.258.
- (3) MELONE (Thomas), *op cit.* p.238.

L'élú émerge tout naturellement comme le nouveau père(1), et la communauté le reconnaît *de facto* comme tel(2).

L'on perçoit à travers cette technique d'adoption, la "conception vitaliste" de l'enfant dans la famille africaine, que décrit Kengo-wa-Dondo(3). Dans la perspective traditionnelle, l'enfant est considéré comme un bien précieux. En lui on voit "la perpétuation de la force vitale du clan à travers les générations"(4). D'où le rôle joué par la famille élargie. Il faut pourtant reconnaître que l'évolution des sociétés africaines, tend à l'effritement des structures traditionnelles d'accueil. La nécessité d'organiser un cadre légal se fait sentir, au point que même certains pays de droit musulman pratiquent de façon croissante l'adoption en promulguant notamment des dispositions relatives à la légalité de l'adoption(5).

-
- (1) L'enfant est généralement sous la responsabilité d'un homme, y compris dans la lignée matrilineaire. Dans ce cas la garde et l'éducation de l'enfant incombent au grand-père ou à l'oncle maternels.
 - (2) MELONE (Thomas), *op cit.* p.234.
 - (3) KENGO-wa-DONDO, "Réflexions sur la filiation hors mariage", *op cit.* p.298 et s.
 - (4) TEMPELS (Placide), La philosophie Bantoue, Paris, Présence africaine, 3ème éd. 1965, p.30.
 - (5) ZUMBACH (Pierre), "L'adoption internationale", in L'adoption vécue, *op cit.* p.194.

Dans leur ensemble, les Etats s'emploient de plus en plus "à accroître les possibilités d'adoption d'enfants ayant besoin d'un foyer de remplacement permanent, en augmentant le nombre de familles adoptives potentielles et en encourageant les adoptants à recueillir des enfants présentant des besoins particuliers"(1). Pour atteindre cet objectif, il conviendrait d'assurer et de défendre, en droit international privé, ce droit fondamental qu'a l'enfant d'avoir une famille.

§2- Conception africaine de l'adoption et droit international privé

Dans la philosophie africaine, les mécanismes d'adoption tendent ainsi à offrir à l'enfant un cadre familial d'accueil, les autres motifs licites venant en seconde position(2). L'on constate cependant que les règles de droit international privé en vigueur dans les pays étudiés, ne sont pas toujours conformes à cette conception de l'adoption.

(1) ZUMBACH (Pierre), "L'adoption internationale", in L'adoption vécue, *op cit.* p.194-195.

(2) V. KENGO-wa-DONDO, "considérations sur le projet du nouveau Code de la famille" *op cit.* p.291; Code zaïrois de la famille, exposé des motifs. Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, RC 301/82; "Attendu, en ce qui concerne l'appréciation de l'opportunité de la requête (en adoption) par rapport à l'intérêt du jeune T.D., que ce dernier est entouré de l'affection et des soins des époux B. (...) que le jeune T.D. a trouvé un nouvel équilibre dans la famille B. qu'il considère maintenant comme sa famille". Dans le même sens, V. Trib. de province, Bujumbura, 18 janvier 1983, R.C.339/82; Trib. de province, Bujumbura, 16 juin 1983, R.C.328/82.

A. Droit international privé positif

1. Admissibilité de l'adoption

Est-il possible de créer, en droit, un lien de filiation autre que celui du sang? Cette question d'*admissibilité* de l'adoption relève de la loi nationale des parties(1). Dans le cas d'une adoption mixte, le conflit devrait, selon de Burlet, être résolu par une application *cumulative* des lois nationales. Ainsi, lorsque le statut personnel de l'adoptant et celui de l'adopté ne connaît pas d'institution analogue, le cumul limitatif conclura à l'inadmissibilité de l'adoption. Bien qu'il en souligne l'inconvénient, le professeur de Burlet estime que cette solution est conforme à l'esprit du Code civil de 1895(2). L'auteur rwandais Charles Ntampaka est plus nuancé. Il estime que lorsqu'il s'agit d'un *adoptant* étranger et d'un adopté rwandais, l'adoption doit, si elle est simplement "oubliée" dans la législation étrangère, être admise sur base de la loi rwandaise. Elle doit être refusée si la loi étrangère l'interdit formellement(3). Cette solution a été critiquée par Verstraete, lui reprochant d'ajouter au statut personnel de l'adoptant, une faculté qui ne lui est pas reconnue par sa loi personnelle(4).

- (1) Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C.301/82; de BURLET (Jacques), *op cit.* p.271; NTAMPAKA (Charles), "L'homologation d'un acte d'adoption au Rwanda", *R.J.R.*; 1979, n°3, p.332.
- (2) de BURLET (Jacques), *op cit.* p.271 note 652, v. aussi VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.490; NTAMPAKA (Charles) "L'homologation d'un acte d'adoption au Rwanda", *op cit.* p.332.
- (3) NTAMPAKA (Charles), "L'homologation d'un acte d'adoption au Rwanda", *op cit.* p.332
- (4) VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.490.

2. Conditions de forme de l'adoption

L'adoption obéit aux formes locales (*locus regit actum*) ou à celles également admises par la loi nationale des parties(1). Verstraete propose d'opérer la distinction traditionnelle entre les formalités instrumentaires, obéissant à la règle *locus regit actum*, et les formalités habilitantes soumises à la loi nationale des parties(2). Ainsi, lorsque l'adoption est considérée comme un acte solennel d'après la législation d'une des parties, son existence même serait subordonnée à l'observation des formes imposées par cette législation(3). La rédaction de l'acte d'adoption serait faite dans la forme prescrite par la loi locale. Ce serait notamment le cas du droit rwandais(4).

-
- (1) Art. 5 Code burundais des personnes et de la famille; art.11 du Code civil de 1895.
 - (2) VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.493.
 - (3) *Ibidem*. Verstraete justifie cette solution par le fait que l'intérêt à protéger étant familial, il appartient au législateur national d'en assurer la solennité.
 - (4) En raison des lacunes du droit coutumier, la forme de l'adoption internationale doit obéir à l'article 227 du Code civil de 1895: "L'adoption se fait par acte authentique reçu par l'Officier d'état civil du ressort de l'adopté, soit par testament. L'acceptation de l'adoption testamentaire doit également se faire par acte devant le même officier". Cette lacune devrait être comblée par la loi du 27 octobre 1988 (art.332 et s.). Au Burundi ainsi qu'au Zaïre, l'adoption ne peut se réaliser que par décision judiciaire.

3. Conditions de fond de l'adoption

C'est à la *loi nationale* des parties qu'il appartient de préciser les conditions exigées pour l'adoption. Celles prescrites par la loi étrangère doivent, en principe, être respectées à moins qu'elles ne heurtent l'ordre public du *for*(1).

Lorsque l'adoptant et l'adopté n'ont pas la même nationalité, le professeur de Burlet ainsi que la jurisprudence burundaise, proposent une application *distributive* des lois en présence(2).

4. Effets de l'adoption

Les effets de l'adoption sont régis par la *loi nationale* de l'adoptant et de l'adopté(3). En cas d'adoption mixte, Verstraete propose l'application de la loi de la partie sur laquelle se concentre l'intérêt prépondérant(4). Ainsi seraient soumis à la loi de l'adoptant, l'obligation alimentaire de l'adopté, la vocation successorale vis-à-vis des parents

-
- (1) NTAMPAKA (Charles) "L'homologation d'un acte d'adoption", *op cit.* p.332; VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.* p.490
 - (2) de BURLET (Jacques), *op cit.* p.272; Trib. de province, Bujumbura, 30 mai 1986, RCF 1069/86, Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C.301/82; Trib. de province, Bujumbura, 18 janvier 1983, RCF 339/82; Trib. de province, Bujumbura, 16 juin 1983, R.C.328/82.
 - (3) de BURLET (Jacques), *op cit.*, p.272.
 - (4) VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, *op cit.*, p.489-498-499.

adoptifs, le retour successoral de l'adoptant(1). Cette solution ne semble pas séduire le professeur de Burlet, qui préférerait l'application d'une *loi unique*. En l'occurrence la loi de l'adoptant(2) car, estime-t-il, elle concorde avec la tendance du droit international privé des pays étudiés, à accorder la préférence à la loi du chef de famille en matière de filiation.

*

* *

La nécessité de trouver une famille d'accueil permanent à l'enfant qui en est privé, fonde l'adoption africaine mais semble être aussi l'aspiration des droits modernes(3). Il conviendrait par conséquent de renoncer à certaines solutions traditionnelles de droit international privé, et proposer des formules tenant compte de cet impératif.

-
- (1) VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.498. de BURLET (Jacques), *op cit.* p.279; NTAMPAKA (Charles), "l'homologation d'un acte d'adoption au Rwanda", *op cit.*, p.333
- (2) La loi de l'adoptant unique ou la loi des effets du mariage des deux adoptants est proposée par l'Institut de droit international (1973). De même que l'article 22 du projet de loi zaïrois relatif au droit international privé.
- (3) V. ADLER (Jacqueline), *L'adoption vécue*, *op cit.*

B. Perspectives de *lege ferenda*

1. Admissibilité de l'adoption

A la méthode *cumulative* des lois nationales des parties, proposée par de Burlet lorsque l'adoptant et l'adopté n'ont pas la même nationalité(1), une partie de la doctrine européenne a marqué sa préférence pour l'application d'une *loi unique*. Celle des *adoptants* (ou de l'*adoptant*) a été retenue, pour le motif que dans la grande majorité des cas, l'adopté est appelé à vivre dans sa nouvelle famille, en s'y assimilant complètement au plan sociologique. Ses attaches avec son pays d'origine devant se relâcher, il n'y aurait, dit-on, aucune raison "d'exiger systématiquement le respect par l'adopté de son droit national alors que précisément, il va s'intégrer dans une sphère différente"(2).

(1) V. *supra*, p.218

(2) VERWILGHEN (Michel), Le statut juridique de l'enfant, Journées Notariales, Mons 1979, Fédération royale des notaires de Belgique, Ed. CREDOC, 1979, p.IV 74. Pour Mayer, la loi de l'adoptant s'imposerait en tant que créatrice du lien. V. MAYER (Pierre), Droit international privé, Ed. Montchrétien, Paris, 1977, p.447. En France, les circulaires ministérielles du 28 juillet 1976 et du 6 juillet 1979 prévoient l'application exclusive de la loi Française (Des adoptants), lorsque la loi personnelle de l'adopté ignore l'institution de l'adoption. V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), Droit international privé, *op cit.* p.113.

Si l'on s'attache également à l'aspect social de la situation, le choix de cette loi est d'autant mieux qu'elle satisfait à l'objectif de l'adoption en Afrique: offrir à l'adopté une vie familiale comparable, autant que possible, à celle de la famille naturelle.

Si l'application d'une loi unique est ainsi souhaitable pour l'admissibilité de l'adoption, il est nécessaire de nuancer lorsqu'il s'agit des conditions de forme. La règle *locus regit actum* s'applique aux formalités instrumentaires, ce qui ne saurait être le cas pour celles habilitantes considérées comme liées aux conditions de fond, et par conséquent à la loi personnelle de l'adoptant et de l'adopté.

2. Conditions de forme de l'adoption

La proposition de Verstraete selon laquelle il faut distinguer les formalités instrumentaires obéissant à la règle *locus regit actum*, des formalités habilitantes soumises à la loi nationale des parties(1), est bien fondée dans son principe mais difficile à mettre en oeuvre lorsque les parties sont de nationalités différentes.

(1) V. *supra*, p.219

Pour les formalités habilitantes(1), cela supposerait en effet que les lois nationales des parties puissent s'accorder pour admettre la forme dont elles entendent user(2). L'on ne saurait "songer ni à l'application distributive - les formalités concernant également les deux parties - ni à l'application cumulative, on ne peut pratiquement respecter deux procédures différentes(3)". A notre avis, il est dans ce cas préférable d'appliquer la loi nationale de l'adoptant ou des adoptants ou, à défaut de nationalité commune, celle de leur *résidence habituelle commune*. Cette solution serait fondée sur le fait que "la nécessité ou l'inutilité d'une formalité, et la nature de celle-ci, relèvent de la loi applicable aux conditions de fond, c'est-à-dire à la *loi personnelle* des parties"(4). Or si l'on admet la validité de l'adoption lorsque la loi personnelle de l'adopté ignore ou interdit cette institution, il serait plus logique de soumettre la forme de l'adoption à la loi des adoptants.

-
- (1) Rappelons que les formalités *ad probationem* ou instrumentaires ont pour objet de recueillir la déclaration des parties et sont relatives à la réception du contrat, tandis que les formalités *ad formationem* ou habilitantes ont pour but d'autoriser les parties à procéder à l'adoption et sont inséparables des conditions de fond. V. VERSTRAETE (Maurice), *Droit civil du Congo belge*, *op cit.* p.493
 - (2) *Revue de doctrine et de jurisprudence coloniale*, 1926, 3e année, p.212.
 - (3) MAYER (Pierre). *Droit international privé*, *op cit.* p.448.
 - (4) *Ibidem*; 1ère instance, Elisabethville, 14 octobre 1952; RJCB, 1952, p.298.

Quant aux conditions de fond, l'application *distributive* des lois nationales a été proposée. Cette solution a cependant l'inconvénient de réduire les potentialités d'adoption, par l'effet du cumul limitatif. Aussi, avons-nous opté pour la formule qui distingue les conditions "mixtes" soumises à la loi de l'adoptant, des conditions relatives à l'adopté seul et régies par la loi de ce dernier. Elle a l'avantage de répondre à la nécessité de favoriser, autant que possible, les occasions d'adoption.

3. Conditions de fond de l'adoption

L'application *distributive* des lois nationales des parties aux conditions de fond de l'adoption, à laquelle se rallient de nombreuses législations(1) ainsi que la jurisprudence burundaise(2), est une solution peu satisfaisante. La fréquence des conditions bilatérales aboutit en effet à un cumul des exigences des deux lois(3). Ce qui revient à admettre plus rarement la validité de l'adoption, étant donné qu'est retenue la loi la plus sévère quant aux empêchements bilatéraux(4).

-
- (1) V. BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), droit international privé, 7^e éd. T.II, p.114.
 - (2) V. *supra*, p.220
 - (3) Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C.301/82.
 - (4) MAYER (Pierre), *op cit.* p.447; Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C.301/82.

Diverses autres solutions ont été proposées pour tempérer les inconvénients de la méthode distributive: la *loi de l'adopté* pour déterminer les conditions "mixtes", la loi nationale la plus favorable à l'adoption, la *loi unique* de l'adopté, la loi nationale de l'*adoptant* en tant que "loi de création du lien". Cette dernière solution a été critiquée du fait que l'adoption réalise, dans la plupart des cas, la juxtaposition de deux liens familiaux. "Tout en rattachant l'adopté à l'adoptant par un lien contractuel, elle maintient généralement les liens qui l'unissent à sa famille naturelle. Ces transformations familiales étant trop importantes pour que la loi de l'adopté ne vienne pas en réglementer les effets, il paraîtrait plus équitable pour certains, d'appliquer la loi de l'*adopté*"(1).

Cette remarque ne manque pas de pertinence. Même si les systèmes juridiques contemporains évoluent vers une prise en compte de l'intérêt primordial de l'adopté, il ne faudrait pas en conclure que seul l'état de celui-ci est en jeu. Le fait que l'adoption ressemble de plus en plus à une véritable filiation de sang, intéresse également la famille adoptive,

(1) MERLE (Roger), "L'adoption en droit français", in Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, société de législation comparée, Recueil Sirey, Paris, 1954, p.447.

ne serait-ce que parce qu'elle engendre, parfois, des conséquences sur le droit successoral(1). Il convient pour ce faire de prendre en compte les intérêts des uns et des autres.

C'est pourquoi la solution des professeurs Mayer et Batiffol recueille notre faveur. La loi de *l'adoptant* devrait déterminer les conditions "mixtes", la loi de *l'adopté* n'étant consultée que sur celles relatives à l'adopté seul: conditions de consentement, de sa représentation ou de son abandon. Cette solution répond à la nécessité pratique d'accroître les possibilités d'adoption. L'adopté étant appelé à vivre avec sa nouvelle famille et dans la majorité des cas, dans le pays d'origine de celle-ci, il est dans son intérêt d'avoir un statut juridique ne contrariant pas l'ordre public interne de l'Etat auquel appartient la famille adoptive(2). En outre, la formule proposée permet à la loi de l'adopté de jouer son rôle en ce qui concerne les conditions unilatérales dans le chef de celui-ci.

-
- (1) De nombreuses législations modernes accordent à l'adopté un droit de succession sur le patrimoine de l'adoptant.
 - (2) V. Dans le même sens. Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C.301/82: "Attendu (...), que la famille B doit quitter définitivement le Burundi pour la France(...), que cette famille réside habituellement et résidera en France, qu'il est donc dans l'intérêt de l'enfant adopté d'avoir un statut juridique certain et non hybride, ne contrariant pas l'ordre public interne Français".

4. Effets de l'adoption

Les effets de l'adoption devraient être soumis à une loi *unique*, comme le propose le professeur de Burlet(1). A cet égard, la loi de l'*adoptant* semble convenir du fait de l'importance que prend la famille adoptive, dans une Afrique où la famille élargie perd son rôle d'antan. L'application de la loi de l'adoptant a cependant été rejetée par certains auteurs, notamment Roger Merle qui arguait du fait que "dans la plupart des législations, l'adopté demeure en principe, uni à sa famille naturelle par des liens qui, pour être atténués, n'en sont pas moins certains"(2). Il n'y aurait donc, selon lui, aucune raison de faire systématiquement prédominer la loi de l'une de ces familles(3). Il préconise ainsi, l'application *distributive* de deux lois(4).

L'objection du professeur Merle est d'une pertinence apparente pour les systèmes juridiques des pays étudiés. Si ceux-ci admettent que l'adopté conserve ses liens avec sa famille d'origine, ils n'en préfèrent pas moins la *famille de l'adoptant* si l'appartenance à deux familles provoque des conflits.

(1) V. *supra*, p.221

(2) MERLE (Roger), *op cit.* p.334.

(3) *Ibidem*.

(4) *Ibidem*.

Le nouveau législateur zaïrois dispose en son article 679 que "dans tous les cas où un choix doit être fait entre la famille adoptive et la famille d'origine, la famille adoptive est préférée (...)".

Quant à l'alinéa 2 de l'article 255 du Code burundais des personnes et de la famille(1), il doit être interprété à la lumière de la restriction y apportée *in fine*: (...) conciliables avec son nouveau statut": celui d'enfant légitime dans la famille de l'adoptant(2).

Une autre raison qui milite en faveur de la *loi de l'adoptant*, provient de la nature même du phénomène d'adoption en Afrique. L'on a vu que la famille élargie constitue la principale alternative de l'absence des parents naturels(3), de sorte que les adoptions internationales concernent généralement deux catégories d'enfant: les *orphelins* et les *enfants abandonnés* qui n'ont pu trouver un cadre d'accueil au sein de leur famille élargie.

-
- (1) Art.255, al.2: "Toutefois, l'adopté continue d'appartenir à sa famille d'origine et y conserve tous les droits et obligations conciliables avec son nouveau statut".
- (2) La jurisprudence interprète cet alinéa "par rapport à la tradition burundaise en matière de solidarité et d'assistance à l'intérieur de la famille, une adoption ne devant pas faire cesser un tel devoir. "Mais la portée de cet alinéa est considérablement limitée par la restriction y apportée *in fine*: conciliables avec son nouveau statut d'enfant légitime dans la famille de l'adoptant. V. Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C.301/82
- (3) V. *supra*; p.215 et s.

Pour eux, le lien qui les unissaient à leurs parents naturels a déjà été rompu *de facto*. Il est donc quelque peu naïf de croire qu'il serait, par quelque subterfuge juridique, possible de rétablir ce lien. Il vaut mieux opter pour la *loi de l'adoptant* et garantir ainsi à l'enfant un statut juridique certain et non hybride. Pour le reste, on ne peut que s'en remettre à la sagesse des parents adoptifs pour maintenir, s'il y a lieu, le lien affectif qui subsisterait éventuellement entre l'adopté et ses parents naturels.

CONCLUSION

Dans le domaine du statut personnel, les règles de conflit de lois en vigueur dans les trois pays des Grands Lacs, traduisent encore les orientations doctrinales du 19ème siècle européen. Devenues dès lors anachroniques par rapport à l'évolution des droits africains et du droit comparé, il convenait de proposer une réforme du texte précolonial de 1895 à la lumière des réalités socio-juridiques des Etats étudiés et de l'environnement juridique international. Nous avons d'ailleurs largement puisé dans les législations et la doctrine contemporaine, principalement d'Europe continentale, des solutions modernes qui ne paraissent pas être en contradiction avec l'affirmation d'une certaine particularité des droits africains.

Ainsi, la spécificité africaine de l'identité n'autorise pas toujours la mise en oeuvre des règles de conflit de lois classiques applicables à *l'identification des personnes*, entre autres celles relatives à la *protection internationale du nom*. La notion d'usurpation de nom étant inconnue dans les pays étudiés (excepté en matière pénale et patrimoniale), il s'avère pratiquement impossible de soumettre la protection du nom à la loi de la personne dont le nom est usurpé. La doctrine contemporaine offre cependant des solutions qui conviennent aux droits africains. La technique des *rattachements alternatifs* et le recours au *principe de proximité* dans les conflits de lois, permettent par exemple de respecter le particularisme africain qui considère le nom comme un usage et non comme un droit, tout en préservant les droits des tiers étrangers éventuellement laissés par

l'usurpation de leurs noms.

Le concept africain de l'identité est également inconciliable avec la règle de conflit de lois, selon laquelle la validité du *changement de nom* est régie par la loi nationale de l'intéressé. Sans toutefois remettre en cause cette règle, il convient de rappeler que la plupart des droits coutumiers africains accordent, sans aucun contrôle formel, une grande liberté à la modification des noms. Ici aussi, les pays africains pourraient s'inspirer de la Convention d'Istanbul du 4 septembre 1958, pour imposer un minimum de contrôle destiné à assurer la fixité du nom, sans pour autant porter atteinte au concept africain de l'identité.

La difficulté de mise en oeuvre des règles classiques de conflit de lois se manifeste de nouveau en matière de *domicile*. Comme élément déterminateur du statut personnel, le domicile ne convient guère à la situation des trois Etats, car il ne correspond généralement pas à la localisation réelle de l'individu ou des institutions familiales. De ce fait, le domicile en tant que facteur de rattachement n'est pas de nature à assurer efficacement la sécurité juridique des institutions familiales. La *résidence habituelle* semble à cet égard présenter de meilleures garanties. Le droit comparé montre d'ailleurs que la résidence habituelle est de plus en plus préférée au domicile, dans le but d'éviter les inconvénients qu'entraînent les différentes conceptions du domicile dans les divers droits nationaux.

Le mariage témoigne de la nécessité d'orienter la législation de droit international privé en vigueur dans les trois pays, vers la défense des droits et des libertés fondamentaux que les droits modernes attachent à la personne humaine. L'illustration de cette exigence est offerte par l'institution de la dot, condition de fond du mariage. Si en principe il appartient à la loi nationale des parties de déterminer les créanciers et les débiteurs de la dot, il ressort de l'analyse des droits africains que l'autorité étrangère appelée à célébrer le mariage se heurterait éventuellement à deux impératifs fondamentaux mais opposés: d'une part le respect des dispositions du droit compétent selon la règle de conflit de lois et, d'autre part la défense de la liberté et du droit au mariage. L'application facultative de la loi personnelle à la convention permettrait, semble-t-il, d'affirmer la primauté du droit de se marier, tout en respectant l'institution de la dot perçue alors comme un *symbole* matériel de l'alliance matrimoniale.

La défense des droits et des libertés essentiels de l'homme s'inscrit également dans la prise en compte du changement des mentalités qui, depuis le début du siècle, a sensiblement modifié le comportement des sociétés vis à vis de l'alliance matrimoniale. Ainsi le concept même de famille évolue et devient déterminant dans la problématique de *l'union libre* en droit international privé. Tout essai de dénouement des conflits nés de la rupture de l'union de fait résulte alors de l'opinion émise sur la notion *d'association conjugale*. L'on ne saurait en effet échapper au cadre habituel des solutions ponctuelles, tant que le mariage seul constitue la base fondamentale de la famille. Admettre que celle-ci puisse être fondée

sur le concubinage, revient par contre à consentir à la responsabilisation de la relation des partenaires entre eux, vis à vis des enfants et des tiers. Certaines méthodes de solution des conflits de lois développées en droit comparé, pourraient à cet égard éviter des déséquilibres flagrants et choquants qu'entraîne parfois la rupture de l'union de fait. Ainsi la technique des *rattachements alternatifs* ou le *principe de proximité* dans les conflits de lois, seraient à même d'offrir des solutions soucieuses de justice matérielle.

L'archaïsme des règles traditionnelles de conflit de lois dans les Etats étudiés apparaît clairement en matière de *divorce*. En Afrique Centrale, celui-ci est dans tous les cas admis dès lors que l'association conjugale s'avère irrémédiablement détruite, quelque'en soit les motifs. L'impossibilité pour les époux de continuer la vie en commun constitue ainsi la seule *cause* de la rupture du mariage. Il semble dans ce cas judicieux d'appliquer la loi du *for*, plus soucieuse d'analyser concrètement la situation des époux et dès lors susceptible de garantir une meilleure justice matérielle. Cette solution, parfaitement adaptée au contexte africain, rencontre également la tendance des droits contemporains qui évoluent vers l'extension du rôle de la *lex fori* en matière de divorce, comme c'est le cas dans les récentes législations suisse et allemande (R.F.A.) même si celles-ci sont plus nuancées.

L'anachronisme des règles de conflit de lois héritées du Code civil de 1895 se révèle enfin en matière de *filiation*, car les solutions admises se fondent sur la distinction traditionnelle entre filiation légitime et

filiation naturelle, alors que la réalité africaine et l'enseignement du droit comparé montrent qu'en droit international privé, cette distinction ne peut plus constituer une catégorie utile.

*

* *

Ainsi que l'ont pertinemment rappelé le professeur Verwilghen et le magistrat Verstraete(1), le "petit Code de droit international privé" de 1895 a, bien que sommaire, rendu de précieux services en Afrique centrale, en donnant lieu notamment à une jurisprudence assez abondante. Cependant, de par son caractère inachevé et parfois désuet, il paraît urgent d'introduire des modifications dans cette législation.

Comme bien d'autres, nous n'avons pas pu échapper au choix fondamental qui domine toute la problématique des conflits de lois: "soit codifier les règles de rattachements en fixant par voie législative nationale les critères abstraits désignant la loi applicable, sans s'attacher à connaître le contenu de celle-ci.

(1) VERWILGHEN (Michel), Documentation pour le cours de droit international privé, *op cit.* p.101 et s.; VERSTRAETE (Maurice), "De l'opportunité de réviser le livre Ier du Code civil du Congo belge", *op cit.* p.65.

Soit donner au juge un large pouvoir d'appréciation dans la solution du conflit de lois, à lui faire confiance quant au choix du facteur de rattachement, pour lui permettre, le cas échéant, de tenir compte des dispositions matérielles des droits en présence"(1). Alternative cruciale selon le professeur Verwilghen, puisqu'elle revient à "celle qui oppose d'une part la certitude et la prévisibilité du droit applicable, nonobstant l'application aveugle des normes codifiées, et d'autre part, la souplesse et l'équité des solutions par une association du juge à la démarche consistant à déterminer le droit applicable"(2).

La solution d'ensemble que nous suggérons se situe entre ces deux alternatives. Elle découle de cette observation qu'en matière de statut personnel, l'évolution du commerce juridique international tend au rapprochement des divers concepts juridiques par l'affirmation de principes à vocation universelle tels *l'égalité juridique des sexes*, *la défense des droits de l'enfant* ou *la garantie des droits de l'homme*. Attester le caractère spécifique des droits africains étudiés n'ôte rien à la force de ces principes.

Cette démarche pourrait, nous l'espérons, permettre l'ouverture et l'approfondissement de la réflexion sur la problématique des conflits de lois dans les pays des Grands Lacs.

(1) VERWILGHEN (Michel), Documentation pour le cours de droit international privé, *op cit.* 107.

(2) *Ibidem*.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux

ADLER (Jacqueline) , L'adoption vécue, Paris, Seuil, 1978, 249 p.

ALLOT (Antony Nicolas), Judicial and legal systems in Africa, London, Butterworths, 1962, 226 p .

BASOMINGERA (Alberto), L'acquisition de la nationalité rwandaise, Mémoire, Université Nationale du Rwanda, Butare, 1977, 52 p.

BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), Droit international privé, 6e éd., Tome II, LGDJ, 1976, 574 p.

BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), Droit international privé, 7e éd. , Tome II, LGDJ, 1983, 692 p.

BIGANGARA (Jean-Baptiste), Pour une anthropologie de la famille et du mariage traditionnels au Burundi. Expression et valeurs africaines burundaises, Bujumbura, Presses Lavigerie, 1986, 166 p.

BUSHAYIJA (Stanislas), Le mariage coutumier au Rwanda, Pontificia Universitas Gregoriana, Facultas Iuris canonici, Bruxelles, Larcier, 1966, 208 p.

CONAC (Gérard), Dynamique et finalités des droits africains, Paris, Economica, 1980.

de BURLET (Jacques), Précis de droit international privé congolais, Kinshasa, Université Lovanium, Bruxelles, Larcier, 1971, 370 p.

DE CLERCK (Louis), Répertoire général de droit coutumier du Rwanda et du Burundi, S.L. 1972, non paginé, dactylographié.

DEMAIN (Bernard), La liquidation des biens des concubins, Paris, LGDJ, 1968, 160 p.

DE PAGE (Henri), Traité élémentaire de droit belge, 3e éd., Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, 1367 p.

DUFRENOY (Paul), Précis de droit colonial, avec complément, Bruxelles, Bruylant, 1946-1950, 2 vol. 8°, 226 + 158 p.

FADLALLAH (Ibrahim), La famille légitime en droit international privé, Dalloz, 1977, 398 p.

GONIDEC (Pierre François), Les droits africains: Evolution et sources, Tome I, Pichon et Durand-Auzan, Paris, 1968, 278 p.

HERBOTS (J.H.), Afrikaans gewonterecht en cassatie. Studie van de Kongolese Koloniale rechtspraak en proeve de lege ferenda in toepassing van artikel 60 van de grondwet van 1967. Proefschrift. Leuven, 1969, 2 vol.

HEYSE (Théodore), Congo belge et Ruanda-Urundi. Notes de droit public et commentaires de la charte coloniale, Vol.II, Bruxelles, G. Van Campenhout, 1952-1957, 611 p.

JEANMART (Nicole), Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage, Bruxelles, Larcier, 1975, 340 p.

JEANMART (Nicole), Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 1986, 352 p.

KAGAME (Alexis), un Abrégé de l'histoire du Rwanda de 1853 à 1972, Tome II, Université Nationale du Rwanda, 1976 , 286 p.

KOUASSIGAN (Guy Adjété), Quelle est ma loi? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique francophone. Paris, éd. Pédone, 1974, 311 p.

LES NOVELLES Droit colonial. Tome III.

LEVASSEUR (Georges), Le domicile en droit international privé, Paris, Rousseau, 1981, 478 p.

LOUSSOUARN (Yvon) et BOUREL (Pierre), Droit international privé, Dalloz, 1978, 867 p.

LOUSSOUARN (Yvon) et BOUREL (Pierre), Droit international privé, Dalloz, 3e éd., 1988, 1004 p.

MASSINON (René), Aspects de l'évolution historique du droit burundais, cours, Faculté de droit du Burundi, 1980, Multigraphié.

MAYER (Pierre), Droit international privé, Ed. Montchrétien, Paris, 1977, 757 p.

MAYER (Pierre), Droit international privé, Ed. Montchrétien, Paris, 2e éd., 1983, 842 p.

MWOROHA (Emile), Peuples et rois de l'Afrique des Grands Lacs. Le Burundi et les Royaumes voisins au XIXe siècle. Les Nouvelles Editions Africaines, Dakar-Abidjan, 1977, 352 p.

NTAHOMBAYE (Philippe), Des noms et des hommes. Aspects psychologiques et sociologiques du nom individuel au Burundi. Karthala, 1983, Paris, 281 p.

NTAMPAKA (Charles), Le statut des enfants naturels au Rwanda, Thèse, Louvain-La-Neuve, mars 1989, 3 vol., 764 p.

PAUWELS (Johan M.), Répertoire de droit coutumier congolais, jurisprudence et doctrine, 1954-1967, Office Nationale de la Recherche et du Développement, ONRD, Kinshasa, 1970, 443 p .

PAUWELS (Johan M.), Introduction au droit coutumier congolais, cours, Kinshasa, 1971, 136 p., Multigraphié.

RIGAUX (François), Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Les Personnes, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1971, 899 p.

RIGAUX (François), Droit international privé, Tome I, Larcier, 1977, Bruxelles, 402 p.

RIGAUX (François), Droit international privé, Tome I, Larcier, 2e éd. , 1987, 386 p.

RIGAUX (François), Droit international privé, Tome II, Larcier, 1979, Bruxelles, 678 p.

SCHNEIDER , Le domicile international, Neuchatel, 1973.

SOLUS (Henry), Traité de la condition des indigènes en droit privé. Colonies et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat, Paris, Recueil Sirey, 1927, 3e éd., 8e XII-590 p.

TEMPELS (Placide), La philosophie Bantoue, Paris, Présence africaine, 3e éd. 1965.

TOPOR (Lucienne), Les conflits de lois en matière de puissance parentale, Dalloz, Paris, 1971, 402 p.

VANDER ELST (Raymond) et WESER (Martha), Droit international privé belge et droit conventionnel international, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1983, 391 p.

VERSTRAETE (Maurice), Aperçu du droit civil au Congo Belge. De la condition de ses habitants et des personnes morales. Conflits coloniaux. Anvers, les éditions coloniales du Zaïre, 1947, 215 p.

VERSTRAETE (Maurice), Droit civil du Congo belge, Tome I, 1956, Larcier, 672 p.

VERWILGHEN (Michel), Documentation pour le cours de droit international privé, Université du Burundi, Faculté de droit, 1984, 284 p.

WIEDERKEHR (Georges), Les conflits de lois en matière de régime matrimonial, Paris, Dalloz, 1967, 358 p.

2. Articles

ANDERSON (James Norman Dalrymple), "Customary law and Islamic Law in British African territories", in The Future of Customary Law in Africa, Universitaire Pers Leiden, Leiden, 1956, p.70-87.

BASOMINGERA (Alberto), "La nationalité rwandaise . Naissance et attribution par filiation ", Revue juridique du Rwanda, Vol.II, n°4, 1978, p.372-380.

BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), "L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation", Revue critique de droit international privé, n°1, Sirey, 1972, p.1-26.

BAYONA ba MEYA, "L'application de la politique du recours à l'authenticité dans les autres domaines juridiques", in Dynamique et finalités des droits africains, Paris, Economica, 1980.

BELLON (Remi), "Commentaire technique du Code de la nationalité burundaise", Revue juridique et administrative du Burundi, 1972, Vol.VI, n°18-19, p.244-251.

BULENDU nde BWANYI, "La dation du nom en coutume Lebe", Revue Juridique du Zaïre, 1972, p.244-251.

CASSIN, "La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois", Académie de droit international, Recueil des cours, La Haye, T.34, p.668.

CHRETIEN (Jean-Pierre), "Hutu et Tutsi au Rwanda et au Burundi", in Au coeur de l'ethnie, ethnies, tribalisme et Etat en Afrique, sous la direction de AMSELLE (Jean-Loup), et M'BOKOLO (Elikia), Editions de la découverte, Paris, 1985, p.129-166.

COIPEL (Michel), "Répertoire de droit international privé zaïrois", Revue juridique du Zaïre, 1972, p.81-104.

DE CLERCK (Louis), "Le mariage et le divorce en droit du Burundi", Revue juridique de droit coutumier, 1963, n°2, p.49-52 .

DE CLERCK (Louis), "La place de la coutume dans le droit actuel du Burundi", Revue administratif et juridique du Burundi, 2e année, n°2, 1968, p.31-36.

DERRIKS (Jos), "Notes à propos du divorce par consentement mutuel en droit congolais", Revue juridique du Congo belge, 1935, p.121-124.

DIBUNDA KABWINJI, "Le droit traditionnel face aux conflits de coutumes et conflits de lois en République du Zaïre", Revue juridique du Zaïre, n° spécial, 50e année, p.275-304.

DIRIX (Eric), "Quelques aspects civils du concubinage", Revue juridique du Rwanda, vol.III, n°2, 1er avril 1979, p.135-141.

DROUINEAU (Bernard), "La validité du mariage catholique au regard de l'ordre public", Revue administrative et juridique du Burundi, 1968, p.1-6.

DUPUY (Pierre-Marie), "Le droit international dans un monde pluriculturel", Revue internationale de droit comparé, n°2, 1986, p.583-599.

FRANCESCAKIS (Phocion), "une extension discutable de la jurisprudence Rivière : l'application de la loi du domicile commun à la filiation légitime", Clunet, 1956.

FRANCESCAKIS (Phocion), "Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante", Recueil des cours de l'Académie de droit international, II, 1964, p.275-357.

FRANCESCAKIS (Phocion), "Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel", Travaux du comité français de droit international privé, 1962-64, p.291 .

FRITZ (Sturm), "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", Revue critique de droit international privé, n°1, 1987, p.33-76. .

GOHR (Albrecht), "Des règles applicables au Congo belge aux rapports de droit privé entre indigènes et non indigènes", Revue mensuelle de doctrine et de jurisprudence coloniales, 1933, p.265.

GOL (Jean), "Le rapprochement des législations dans la communauté économique européenne", Colloque sur l'harmonisation des droits nationaux dans le cadre des communautés économiques, Bujumbura, 8 juin 1987, 19 p. Texte multigraphié.

HELVETIUS (Michel), "Les transformations du droit coutumier au Burundi", Revue juridique de droit coutumier, 1965, p.145.

JULEMONT (V.), "De la saisine des tribunaux congolais en matière de droit de garde après divorce lorsque les époux sont de nationalité belge", Revue juridique du Congo Belge, 1959, p.165-167.

KABANGE (Clément), "L'ordre public et le droit traditionnel", Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération, 1972, p.271-288.

KAHOMBO MATEENE, "Quelques principes du choix des noms individuels dans certaines sociétés bantou". Cahiers d'Etudes africaines, 1975, n°50., p.356-361.

KALALA ILUNGA, Commentaire de la loi relative au nom des personnes physiques. Cour suprême de justice, République du Zaïre, 1974.

KALONGO MBIKAYI, "Le recours à l'authenticité et le droit zaïrois", Revue juridique du Zaïre, n°3, 1976, n°1-2-3, 1977.

KALONGO MBIKAYI, "Le juge zaïrois et l'interprétation du droit national", in Revue juridique du Zaïre, 1977.

KEBA M'BAYE, "Le Droit africain: ses voies et ses vertus", in Revue Sénégalaise de droit, n°7, mars 1970, p.5-24.

KENGO wa DONDO, "Réflexions sur la filiation hors mariage", Bulletin des arrêts de la Cour suprême, 1974, Cour suprême de justice, 1975, Kinshasa, p.310-330.

KENGO wa DONDO, "Considérations sur le projet du nouveau Code de la famille", Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice, Cour suprême de justice, 1977, Kinshasa, p.239-300.

KEGEL (Gerhard), "The crisis of conflict of laws", Recueil des cours de l'Académie de droit international privé, II, 1964, p.95-263.

KNOEPLER (François) et SCHWEIZER (Philippe), "La nouvelle loi fédérale Suisse sur le droit international privé (partie générale)", Revue critique de droit international privé, n°2, 1988, p.207-235.

LAGARDE (Paul), "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", Recueil des cours de l'Académie de droit international privé, I, 1986, p.25.

LENAERTS (Koenraad), "Le rôle joué par l'exception d'ordre public lors de la solution des conflits de lois en matière de filiation", Revue trimestrielle de droit familial, n°2, 1983, p.109-132.

LIENARD-LIGNY (Monique), "Le divorce en droit international privé belge", Annales de la Faculté de droit de Liège, 1961, n°1, p.105-125.

LOBITSH (Léon), Le passé, le présent et l'avenir de la coutume congolaise dans l'intégration des droits, Mercuriale, Cour suprême de justice de la République du Congo.

LOUSSOUARN (Yvon), "La Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux", in Journal de droit international, n°1, Editions techniques, S.A. , Paris, 1979, p.5-20.

LUCAS (H.J.), "Le nom en droit international privé", Juris-classeur de droit international, fasc.542-G, 1984.

MALAUURIE (Philippe), "Nom-Prénom-Noblesse", Répertoire de droit international, X°, Dalloz, p.466-471.

MASSINON (René), "Le nom au Burundi", Revue administrative et juridique du Burundi, 1972, p.159-171.

MELONE (Thomas), interview in L'adoption vécue, Seuil, Paris, 1978, p.233-238.

MERLE (Roger), "L'adoption en droit français", in Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, société de législation comparée, Recueil Sirey, Paris 1954, p.325-342.

MPOZAGARA (Gabriel), "Traits généraux des modes d'acquisition et de perte de la nationalité burundaise", Revue juridique et politique, Indépendance et coopération, 1971, p.439-446.

MUIR (Watt), "Le domicile dans les rapports internationaux", Jurisclasser de droit international, fasc.543A.

MULUMBA KACHY, "Conception du nom en droit traditionnel Zaïrois", Revue juridique du Zaïre, 1973, p.134-152.

NGANGO (Félicien), "Prohibition de la polygamie. Accroissement du concubinage par la pratique fiscale au Rwanda", Revue juridique du Rwanda, 1979, n°1, 1 janvier, p.27.

NTAHOKAJA (Jean-Baptiste), "La dot au Burundi, l'institution, ses avatars, les tendances actuelles", CEPSI, n°27, 1968, p.199-205.

NTAMPAKA (Charles), "L'Homologation d'un acte d'adoption au Rwanda", Revue juridique du Rwanda, 1979, n°3, p.330-333.

NTAMPAKA (Charles), "Le paiement de l'*inkwano* et ses effets sur l'attribution des enfants", Revue juridique du Rwanda, Vol.IV,n°1, 1er janvier 1979, p.16.

NTAMPAKA (Charles), "Le droit de la mère sur ses enfants", Revue juridique du Rwanda, 1981, Vol.V, n°2, 1er avril 1981, p.281.

NTAMPAKA (Charles), "De la validité du mariage civil célébré par les bourgmestres", Revue juridique du Rwanda, vol.V, n°2, 1er avril 1981, p. 210-281.

NTIBANSIGA (Emmanuel), "La preuve et le contentieux de la nationalité burundaise", Revue juridique et politique. Indépendance et coopération, 1971, p.447.

NZOHABONAYO (Cyrille), "La possession d'état de national", Revue administrative et juridique du Burundi, 1972, vol.VI, n°18-19, p.60-75.

PAUWELS (Johan M.), La Constitution du Congo et le droit coutumier, Ed.CRISP-INEP, Bruxelles, 1964, 36 p.

PAUWELS (Johan M.), "Le divorce à Kinshasa", Revue juridique du Congo, 1966, p.289.

PAUWELS (Johan M.), "Les origines du droit urbain de Kinshasa", Revue juridique du Congo, 1968, p.320-344.

PAUWELS (Johan M.), "L'adaptation du droit africain par voie jurisprudentielle: expérience et projets au Congo", Revue zaïroise de droit, 1971, p.61-87.

PETILLON (Léon), "Des habitants et de leurs droits", Les Nouvelles, droit coloniale, Tome I, p.175.

RAINER (Frank), "Le divorce en droit international privé allemand", in Actes du colloques des 11-12 mai 1979, Annales de la Faculté de droit et des Sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Stasbourg, Paris, Piron & Durand-Auzias, 1980, p.56.

ROUHETTE (Annie), "Le rôle des coutumes dans le droit des personnes", Annales de l'université de Madagascar. Université de Madagascar. Faculté de droit et des sciences économiques. Editions Cujas, Paris, 1965, p.31-57.

RUBENS (Antoine), "Les différents statuts des habitants du Congo", Bruxelles, IRCB, Bulletin des séances, 1953, p.419.

RUTAYISIRE (Paul), "Le problème juridique de l'Union Libre au Burundi", Revue juridique du Burundi, 1980, p.230-246.

RUTEMBESA (Faustin), "Les autorités indigènes dans la politique coloniale belge au Rwanda de 1816 à 1925", Cahiers d'histoire, Université du Burundi, Faculté des Lettres et Sciences humaines, avril 1983.

ŠARČEVIĆ (Petar), "Cohabitation Without Marriage: the yougoslavian Experience", in the American Journal of comparative law, 1981, p.315-338.

ŠCHÄTZEL (Walter), "Le nom des personnes en droit international privé", Académie de droit international, Recueil des cours, 95, 1958, III, p.177-261.

SONNENBERGER (Hans-Jürgen), "Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986", Revue critique de droit international privé, n°1, 1987, p.1-32.

SZASZY (Istvan), "Les conflits de lois interpersonnels dans les pays en voie de développement", Académie de droit international, Recueil des cours, 1973, I, p.89.

SEBATWARE (André), "La nationalité rwandaise", Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération, n°4, 1971, LGDJ, p.547.

SOHIER (Antoine), "Le droit coutumier au Congo belge"; in L'avenir du droit coutumier en Afrique, Universitaire Pers Leiden, 1956, p.1-15.

van HECKE (Georges), "Principes et méthodes de solution des conflits de lois" Recueil des cours de l'Académie de droit international privé, I, 1969, p.409-563.

van HECKE (Georges) et RIGAUX (François), " Examen de jurisprudence (1970 à 1975)", Revue critique de jurisprudence belge, Bruylant, 1976, p.221-267.

van HECKE (Georges) et RIGAUX (François), " Examen de jurisprudence (1976 à 1980) ", Revue critique de jurisprudence belge, Bruylant, 1982, p.385

van HECKE (Georges), "Le nom des personnes en droit international privé", Mélanges offertes à Raymond Van der Elst, Tome II, Ed NEMESSIS, 1986.

van LOOK (Moni), "La promesse de mariage et la filiation d'un enfant né de relations entre fiancés", Revue juridique du Rwanda, Vol.V, n°1, 1er janvier 1981, p.161.

VAN HOUTTE J, REYTJENS (Filip), BASOMINGERA (Alberto), "Litiges et besoins juridiques au Rwanda", Revue juridique du Rwanda, vol.V., n°2, 1er avril 1981, p.188-200.

VANSINA (Jan), "Noms personnels et structures sociales chez les Tyo (Teke)", Bulletin de l'Académie royale des sciences d'outre mer, Bruxelles,

1964, IV, p.794-804.

VERBRUGGHE (André), "Introduction historique au problème de la nationalité au Burundi", Revue juridique et politique, indépendance et coopération, 1971, p.435-438.

VERDIER (Raymond), "Féodalités et collectivisme africain", Présence africaine, 4e trimestre, 1961, p.79-100.

VERHELST (Thierry G.), "La législation rwandaise en dix années d'indépendance nationale (1962-1972)", Centre national de formation judiciaire, Nyabisindu, 1972, p.105-107.

VERSTRAETE (Maurice), "De l'opportunité de réviser le livre premier du Code civil du Congo belge", J.T.O., 1957, n° spécial, p.65-66.

VERWILGHEN (Michel), Juris-classeur nationalité, 1973, Paris, Editions techniques, 26 p.

VERWILGHEN (Michel), Le statut juridique de l'enfant, Journées notariales. Mons 1979. Fédération royale des Notaires de Belgique, Ed. CREDOC, 1979.

VERWILGHEN (Michel), "Burundi-Nouvelle législation de droit international privé. Note introductive", Revue critique de droit international privé, 1981, n°3, p.576-588.

VIDAL (Claudine), "situations ethniques au Rwanda", in Au coeur de l'ethnie, ethnies, tribalisme et Etat en Afrique, sous la direction de AMSELLE (Jean-Loup) et M'BOKOLO (Elikia). Editions de la découverte, Paris, 1985, p.167-184.

von OVERBECK (Alfred), "Rapport explicatif des travaux de la conférence de La Haye", Actes et documents de la treizième session, Tome II, Régimes matrimoniaux, Bureau permanent de la conférence, la Haye, 1978, p.329.

von OVERBECK (Alfred), "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale Suisse sur le droit international privé", Revue critique de droit international privé, n°2, 1988, p.237-260.

WIEDERKEHR (Georges), "Le divorce en droit international privé français", in Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, Paris, Piron et Durand-Auzias, 1980, p.15-35.

ZUMBACH (Pierre), "L'adoption internationale", in L'adoption vécue, Seuil, Paris, 1978, p.192-198.

DISPOSITIONS LEGISLATIVES: Réglementation de droit international privé

Rwanda-Zaïre

Code civil du 4 mai 1895 avec ses modifications ultérieures. (B.O.E.I.C, 1895.138; B.O.R.U., 1936, p.116).

Art.7

L'étranger qui se trouve sur le territoire de l'Etat indépendant du Congo (Rwanda-Zaïre) y jouit de la plénitude des droits civils.

Il est protégé, dans sa personne et dans ses biens, au même titre que les nationaux.

Art.8

L'état et la capacité de l'étranger, ainsi que ses rapports de famille, sont régis par la loi du pays auquel il appartient ou, à défaut de nationalité connue, par la loi de l'Etat indépendant du Congo (Rwanda-Zaïre).

Burundi

Code des personnes et de la famille du 15 janvier 1980. (Décret-Loi n°1/1 du 15 janvier 1980, B.O.B., 1980, p.3)

Art.1

L'étranger qui se trouve régulièrement sur le territoire du Burundi y jouit de la plénitude des droits civils.

Il est protégé dans sa personne et dans ses biens au même titre que les Burundi.

Art.2

L'état et la capacité de l'étranger, ainsi que ses rapports de famille, sont régis par la loi du pays dont il relève, ou à défaut de nationalité connue, par la loi burundaise.

Art.9

Les droits sur les biens tant meubles qu'immeubles sont régis par la loi du lieu où ces biens se trouvent.

Art.10

Les actes de dernière volonté sont régis, quant à leur forme, par la loi du lieu où ils sont faits, et quant à leur substance et à leurs effets, par la loi nationale du défunt. Toutefois, l'étranger faisant un acte de dernière volonté dans l'Etat indépendant du Congo (Rwanda-Zaïre) a la faculté de suivre les formes prévues par sa loi nationale.

Art.3

Les droits sur les biens, tant meubles qu'immeubles, sont régis par la loi du lieu où ces biens se trouvent.

Art.4

Les actes de dernière volonté sont régis, quant à leur forme, par la loi du lieu où ils sont faits et, quant à leurs substances et effets, par la loi nationale du défunt. Toutefois, l'étranger faisant un acte de dernière volonté au Burundi a la faculté de suivre les formes prévues par sa loi nationale.

Art.11 al.1 et 2

La forme des actes entre vifs est régie par la loi du lieu où ils sont faits. Néanmoins, les actes sous seing privé peuvent être passés dans les formes également admises par les lois nationales de toutes les parties. Sauf intention contraire des parties, les conventions sont régies, quant à leur substance, à leurs effets et à leur preuve, par la loi du lieu où elles sont conclues.

Art.11, al.3

Les obligations qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé (quasi-contrats, délits ou quasi-délits) sont soumises à la loi du lieu où le fait s'est accompli.

Art.5

La forme des actes entre vifs est régie par la loi du lieu où ils sont faits. Néanmoins, les actes sous seing privé peuvent être passés dans les formes également admises par les lois nationales de toutes les parties. Sauf intention contraire des parties, les conventions sont régies, quant à leur substance, à leurs effets et à leur preuve, par la loi du lieu où elles sont conclues.

Art.6

Les obligations qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé sont soumises à la loi du lieu où le fait s'est accompli.

Art.12

Le mariage est régi:

quant à la forme, par la loi du lieu où il est célébré;
quant à ses effets sur la personne des époux, par la loi de la nationalité à laquelle appartenait le mari au moment de la célébration;
quant à ses effets sur la personne des enfants, par la loi de la nationalité du père au moment de la naissance;
quant à ses effets sur les biens, en l'absence de conventions matrimoniales, par la loi du premier établissement des époux, sauf la preuve d'une intention contraire.

Art.13

Les époux ne sont admis à demander le divorce que si leur loi nationale les y autorise.

Art.7

Le mariage est régi:

- a) quant à la forme, par la loi du lieu où il est célébré;
- b) quant à ses effets sur la personne des époux en l'absence de convention commune, par la loi de la nationalité du mari au moment de la célébration;
- c) quant à ses effets sur les biens des époux, en l'absence de conventions matrimoniales, par la loi du lieu où ils sont domiciliés;
- d) quant à ses effets sur la personne de l'enfant, par la loi de la nationalité du père au moment de la naissance.

Art.8

Le divorce d'étrangers ne peut être prononcé au Burundi qu'en vertu des causes prévues par leur loi nationale, dans la

Le divorce ne peut être prononcé que pour des motifs prévus par la loi de l'Etat indépendant du Congo (Rwanda-Zaïre).

Art.136

Les étrangers ne peuvent demander le divorce que si leur loi nationale les y autorise.

Le divorce ne peut être prononcé que pour une des causes énoncées par les articles précédents.

Art.14

Les lois pénales ainsi que les lois de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire de l'Etat.

Art.15

Les lois, les jugements des pays étrangers, les conventions et disposi-

mesure où elles ne sont pas contraires à l'ordre public burundais.

Art.9

Les lois pénales ainsi que les lois de police et de sûreté publique obligent ceux qui se trouvent sur le territoire du Burundi.

Art.10

Les lois et jugements des pays étrangers ainsi que les conventions et dispositions privées

tions privées ne peuvent en aucun cas avoir d'effet dans l'Etat indépendant du Congo (Rwanda-Zaïre) en ce qu'ils ont de contraire au droit public de cet Etat ou à celles de ses lois qui ont en vue l'intérêt social ou la morale publique

Art.21 (D. 17 mai 1952, art.3)

Ils énoncent le lieu, le jour, le mois, l'année où ils sont reçus, les noms, prénoms, qualité de l'officier devant lequel ils sont passés, et, autant que possible, les noms et prénoms, lieu et date de naissance, lieu et date de l'immatriculation résultant de l'article 34, profession et résidence de tous ceux qui y sont dénommés, et les pièces présentées par les comparants.

ne peuvent avoir d'effet au Burundi en ce qu'ils ont de contraire à l'ordre public, l'intérêt social ou la morale publique burundais.

Art.30

Les actes de l'état civil énoncent le lieu, le jour, le mois et l'année où ils sont reçus, les noms et qualité de l'officier devant lequel ils sont passés, et, autant que possible, les noms, lieu et date de naissance, profession, domicile et nationalité de tous ceux qui y sont dénommés; le cas échéant, ils mentionnent les pièces remises ou présentées par les comparants.

Art.56

Le domicile de toute personne est au lieu où elle a son principal établissement. A défaut de domicile dans l'Etat, la résidence actuelle en produit les effets. La résidence est au lieu où une personne a sa demeure habituelle.

Art.60

Les personnes civiles ont leur domicile:

- 1° Les institutions publiques, au siège de leur administration;
- 2° Les sociétés reconnues ou instituées par l'Etat, au siège social;
- 3° Les sociétés étrangères, à leur domicile élu dans l'Etat.

Art.19

Le domicile de toute personne est au lieu où elle a son principal établissement. A défaut de domicile connu au Burundi, la résidence actuelle en produit les effets. La résidence est au lieu où une personne a sa demeure effective.

Art.22

Les personnes morales ont leur domicile:

- a) Les personnes morales de droit public burundais, au siège de leur administration
- b) Les personnes morales de droit privé fondées conformément à la loi burundaise, au siège social fixé par leur statut;
- c) Les personnes morales étrangères, au lieu de leur principal établissement au Burundi.

Art.107, al.1er (O.L. 4 oct. 1945)

L'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage d'un citoyen belge que sur remise des pièces que celui-ci devrait produire pour contracter mariage en Belgique.

Art.107, al.3 (D. 19 juil. 1926)

L'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage d'un étranger que sur remise d'un certificat délivré par l'agent diplomatique ou consulaire du pays de cet étranger, constatant qu'à sa connaissance, il n'existe d'après la loi nationale de cet étranger, aucun obstacle à la célébration du mariage projeté.

Art.107, al.4 (D. 19 juil. 1926)

Le gouverneur de province ou son délégué peut, pour des raisons graves dispenser de la présen-

Art.95

Les étrangers ne peuvent contracter mariage au Burundi que s'ils remplissent les conditions fixées par leur loi nationale.

Art.96

L'existence de ces conditions est établie par la production d'un certificat délivré par l'agent diplomatique ou consulaire du pays dont l'étranger relève et attestant qu'à sa connaissance, il n'existe d'après la loi nationale de l'étranger, aucun obstacle à la célébration de son mariage au Burundi.

Art.97

Le gouverneur de province peut accorder dispense du certificat prévu à l'article précédent

tation des certificats.

Indépendamment des autres pièces produites, l'acte de mariage doit faire mention des certificats et, éventuellement, des dispenses de certificats.

Art. 204, al.1

Le mariage entre nationaux *congolais* en pays étranger opère légitimation, quand même, d'après la loi de ce pays, le mariage ne légitimerait point les enfants naturels.

Art.210a (D. du 5 juil. 1948)

La recherche de la paternité n'est autorisée que dans les cas suivants:

1° (...)

2° (...)

aux apatrides et aux réfugiés.

Art.117

Avant la célébration du mariage, chacun des futurs époux remet à l'officier de l'état civil un extrait de son acte de naissance ou un acte de notoriété en tenant lieu. Le cas échéant, chacun des futurs époux lui remet les documents suivants: (...)

- 1) Le certificat délivré par l'agent diplomatique ou consulaire dont il relève

Après avoir constaté la recevabilité de la demande, le juge décide suivant les circonstances de la cause si l'enfant a pour père celui qu'il réclame. Elle ne pourra être reçue contre les étrangers que conformément à la loi nationale de ceux-ci.

Réglementation de droit international privé, dans la Loi rwandaise du 27 octobre 1988 (Loi n°42/1988 instituant le titre préliminaire et le livre premier du code civil, J.O., 1er janvier 1989, 28e année n°1).

Art.7

Les lois pénales ainsi que les lois de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire de la République Rwandaise.

Art.8

Les lois, les jugements des pays étrangers ainsi que les conventions et dispositions privées ne peuvent avoir d'effet au Rwanda en ce qu'ils ont de contraire à l'ordre public, l'intérêt social ou la morale publique rwandaise.

Art.9

L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi sur la nationalité.

Art.10

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Rwandais, même résidant à l'étranger.

Art.11

L'état et la capacité de l'étranger ainsi que ses rapports de famille sont

régis par la loi du pays auquel il appartient ou, à défaut de nationalité connue, par la loi rwandaise.

Art.12

Les droits sur les biens, tant meubles qu'immeubles, sont régis par la loi du lieu où ces biens se trouvent.

Art.13

Les actes de dernière volonté de l'étranger sont régis, quant à leur forme, par la loi du lieu où ils sont faits et, quant à leur substance et à leurs effets, par la loi nationale du défunt.

Toutefois, l'étranger faisant un acte de dernière volonté au Rwanda a la faculté de suivre les formes prévues par sa loi nationale.

Art.14

La forme des actes entre vifs est régie par la loi du lieu où ils sont faits. Néanmoins, les actes sous seing privé peuvent être passés dans les normes également admises par les lois nationales de toutes les parties.

Sauf stipulation contraire des parties, les conventions sont régies quant à leur substance, à leurs effets et à leur preuve, par la loi du lieu où elles sont conclues.

Les obligations qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé sont soumises à la loi du lieu où le fait s'est accompli.

Art.108

Tout acte de l'état civil des rwandais et des étrangers, fait en pays étranger, n'a d'effet au Rwanda que dans les formes et conditions déterminées par la législation rwandaise ou les conventions internationales.

Les actes passés à l'étranger et concernant les rwandais sont, à la diligence de l'intéressé, transcrit sur le registre de l'état civil de son domicile.

Art.141

Tout étranger ayant son domicile ou sa résidence au Rwanda peut faire dresser les actes d'état civil le concernant par l'officier de l'état civil rwandais dans les formes prévues par la présente loi.

Néanmoins, les naissances et les décès doivent être déclarés devant l'officier de l'état civil rwandais.

Art.142

En cas de mariage célébré sur le territoire national, si l'un des époux est de nationalité étrangère et l'autre de nationalité rwandaise, l'officier de l'état civil rwandais est seul compétent pour procéder à la célébration du mariage.

Il doit, dans les huit jours de celui-ci, adresser au Ministre ayant les

Affaires Etrangères dans ses attributions, une expédition de l'acte de mariage destiné à la représentation diplomatique ou consulaire du conjoint étranger.

Art.143

Toute pièce produite par un étranger, en vue de l'établissement d'un acte de l'état civil, doit obligatoirement être accompagnée de sa traduction dans l'une des deux langues officielles rwandaises, certifié conforme à l'original par la représentation diplomatique ou consulaire de l'intéressé ou approuvée par le Ministre de la Justice.

Art.235

Le mariage est régi:

- a) quant à la forme, par la loi du lieu où il est célébré;
- b) quant à ses effets sur la personne des époux, en l'absence de convention commune, par la loi de la nationalité à laquelle appartenait le mari au moment de la célébration;
- c) quant à ses effets sur la personne des enfants, par la loi nationale du père au moment de la naissance;
- d) quant à ses effets sur les biens des époux, en l'absence de conventions matrimoniales, par la loi du pays où ils sont domiciliés.

Art.293

Dans le cas de mariage entre étrangers, l'admissibilité du divorce pour cause déterminée est régie par la loi rwandaise, à moins que la loi nationale de l'époux demandeur ne s'y oppose.

Art.294

Dans le cas de mariage entre époux de nationalités différentes dont l'un est rwandais, l'admissibilité du divorce est régie par la loi rwandaise.

Art.295

Par dérogation à l'article 11 de la présente loi, le divorce ne peut être accordé que dans les cas prévus par la loi rwandaise.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

B.A.	Bulletin administratif (du Congo belge)
B.J.I.	Bulletin des juridictions Indigènes et du Droit Coutumier
B.J.R.U.	Bulletin des juridictions de Droit Coutumier du Ruanda-Urundi
B.O.	Bulletin officiel (du Congo belge)
B.O.B.	Bulletin officiel du Burundi
B.O.E.I.C.	Bulletin officiel de l'Etat indépendant du Congo
B.O.R.U.	Bulletin officiel du Ruanda-Urundi
B.T.C.	Bulletin des Tribunaux coutumiers
Cheff.	Chefferie
Cod.civ.rw.	Code civil rwandais (Code civil de 1895 avec ses modifications ultérieures)
Cod.civ.zaïr.	Code civil zaïrois (Code civil de 1895 avec ses modifications ultérieures)
Cod.nat.bur.	Code de la nationalité burundaise
Cod.nat.rw.	Code de la nationalité rwandaise
Cod.nat.zaïr.	Code de la nationalité zaïroise
C.R.A.	Comptes-rendus analytiques (des débats parlementaires du Zaïre)
J.O.	Journal officiel
J.T.O.	Journal des Tribunaux d'Outre-mer
M.C.	Moniteur Congolais
R.A.J.B.	Revue administrative et juridique du Burundi
R.C.	Registre civil

R.C.A.	Registre civil (Appel)
R.J.A.C.	Revue juridique d'Afrique Centrale
R.J.C.	Revue juridique du Congo
R.J.C.B.	Revue juridique du Congo Belge
R.J.D.C.	Revue juridique de droit coutumier
R.J.R.B.	Revue juridique du Rwanda et du Burundi
R.J.Z.	Revue juridique du Zaïre
R.Z.D.	Revue zaïroise de droit
Terr.	Territoire

INDEX

Les chiffres renvoient aux pages

- A. index des textes cités
- B. index des décisions citées
- C. index onomastique
- D. index alphabétique

A. INDEX DES TEXTES CITES

L'index reprend les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires, ainsi que les conventions internationales citées dans cette étude.

1) Traités internationaux

Convention de La Haye du 1^{er} avril 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité: 81 à 53, 138, 199.

Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des N.U.: 113

Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés: 78

Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, adoptée le 24 octobre 1956: 212

Convention de l'organisation des N.U. sur la nationalité de la femme mariée, adoptée le 20 février 1957: 140

Convention d'Istanbul du 4 septembre 1958 relative aux changements des noms et prénoms: 86, 232

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVILLE
FACULTÉ DE DROIT
MELNOTÉQUE

Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs: 180, 195, 210

Protocole relatif au statut des réfugiés signé à New-York le 31 janvier 1967: 78

Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux: 128, 129, 130

Convention de Berne du 13 septembre 1973 tendant à réduire le nombre des cas d'apatridie: art.1: 199

Convention de La Haye du 20 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires: 181

2) Législation commune au Burundi, au Rwanda et au Zaïre

- a) *Ordonnance Congolaise du 14 mai 1886, rendue exécutoire au Ruanda-Urundi par l'Ordonnance n°11/82 du 21 juin 1949 (B.O.R.U., 1950, p.195): 16, 36*
- b) *Code civil du 4 mai 1895 (avec ses modifications ultérieures), rendu applicable au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°34 (just. du 25 août 1936 (B.O.E.I.C., 1895, p.138; B.O.R.U., 1936, p.116)*

Art.8	: 71, 79, 80, 112	Art.109	: 98
Art.11	: 189, 193, 219	Art.124	: 133
Art.12	: 101, 102, 120, 125	Art.136	: 168, 175
	133, 189, 195, 196	Art.201	: 190
Art.13	: 165, 166, 168, 175	Art.204	: 190
Art.104	: 98	Art.210	: 189, 192, 193, 194
Art.107	: 109	Art.227	: 219
Art.108	: 96		

- c) *Décret Congolais du 5 juillet 1948, rendu exécutoire au Ruanda-Urundi à compter du 1er mai 1952 par l'ordonnance n°21/182 du 11 décembre 1951 (B.O.R.U., 1950, p.155): 33, 96*

Art.1	: 99	Art.5	: 98, 101
Art.2	: 99	Art.6	: 98, 104
Art.3,4	: 98	Art.7	: 100

- d) *Ordonnance n° 21/164 du 16 mai 1949 portant mesure d'exécution du décret congolais du 5 juillet 1948 (B.A., 1940, p.934): 98*

Art.2	: 100	Art.10	: 101
Art.3	: 100		

- e) *Décret du 17 mai 1952 sur l'immatriculation des Congolais, B.O., 1952, I, p.1208 rendu applicable au Ruanda-Urundi par l'ordonnance n°11/122 du 10 septembre 1952 (B.O.R.U., 1952, p.445): 33, 45*

3) Législation commune au Burundi et au Rwanda

- a) *Ordonnance-Loi n°2/5 du 6 avril 1917 sur l'organisation territoriale et administrative des territoires occupés de l'Est-africain allemand: 28, 30*
- b) *Décret du 14 juillet 1952 sur l'organisation politique indigène du Ruanda-Urundi, B.O., p.2007: 30*

Art.30 : 30

4) Législation burundaise

- a) *Code de la nationalité burundaise, D.L. n°1/93 du 10 août 1971, B.O.B., p.304*

Art.2 : 81, 197, 198

Art.5 : 136

Art.3 : 138, 198

Art.17 : 139, 140

Art.4 : 136, 138

Art.15 : 139, 140, 199

- b) *Décret n°100/94 du 28 juin 1979 portant réglementation du changement de nom, B.O.B., n°8/79, p.409: 84*

Art.1,9 : 84

- c) *Décret-Loi n°1/1 du 15 janvier 1980 portant Code des personnes et de la famille, B.O.B., 1980, p.3*

Art.2	: 71, 79	Art.114	: 98
Art.5	: 189, 193, 219	Art.118	: 98
Art.7	: 101, 122, 125, 133	Art.158	: 159
	189, 191, 195	Art.186	: 163, 182
Art.8	: 102, 166, 168, 175	Art.187	: 163
Art.19	: 22	Art.193	: 163, 182
Art.90	: 106	Art.245	: 187, 190
Art.95	: 113	Art.246	: 187
Art.97	: 109	Art.255	: 229

- d) *Loi n°1/008 du 1er septembre 1986 portant Code foncier du Burundi: 32*

- e) *Constitution du Burundi (suspendue le 3 septembre 1987):*

Art.11	: 121	Art.17	: 128
--------	-------	--------	-------

5) Législation rwandaise

- a) *Ordonnance du 25 juillet 1961 sur le recensement et les mutations de la population*

Art.19	: 99
--------	------

b) *Décret-Loi n°33/79 du 22 octobre 1979: 84, 89*

c) *Code de la nationalité rwandaise*

Art.3	: 197, 198	Art.11	: 198
Art.4	: 198	Art.20	: 138, 139
Art.7	: 137, 138, 139, 140	Art.33	: 138
Art.8	: 199	Art.34	: 138, 139

d) *Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, Codes et Lois du Rwanda, p.262*

Art.110 : 51

e) *Constitution du Rwanda*

Art.16	: 121	Art.25	: 100, 160
Art.24	: 128		

f) *Décret-Loi n°01/81 du 16 janvier 1981 relatif au recensement, à la carte d'identité, au domicile et à la résidence, J.O. n°2 bis, 20 janvier 1981*

Art.8 : 92

- g) *Loi n°42/1988 instituant le titre préliminaire et le livre premier du Code civil, J.O., 1er janvier 1989, 28e année n°1: 1, 10, 39, 40, 51, 69, 77, 84, 89, 93, 98, 101, 106, 108, 122, 159, 160, 162, 163, 176, 187, 190, 219*

6) Législation Zaïroise

- a) *Loi n°73-002 du 20 juillet 1973 relative au nom des personnes physiques, M.C., 1975, p.1405*

Art.3 : 76

Art.11 : 84

Art.4 : 90

Art.12 : 88, 89

Art.10 : 84

Art.13 : 76

- b) *Code de la nationalité zaïroise*

Art.4 : 136

Art.20 : 138, 139

Art.5 : 81, 82, 198

Art.28 : 199, 200

199, 200

- c) *Code de l'organisation et de la compétence judiciaire, J.O., n°7, 19 avril 1982*

Art.116 : 54

d) *Constitution du Zaïre, J.O., n°1, 19 janvier 1983*

Art.11	Art.19 : 128
Art.12 : 121, 171	Art.102 : 54

e) *Loi n°87-010 portant Code de la famille, J.O., 28e année, n° spécial, août 1987*

Art.58 : 90	Art.368 : 55
Art.59 : 77, 78	Art.369 : 111
Art.60 : 88	Art.374 : 98
Art.61 : 77, 89	Art.487 : 131, 133
Art.64 : 84	Art.501 : 133
Art.67 : 88, 89	Art.537 : 131
Art.71 : 79	Art.581 : 163
Art.161 : 92	Art.585 : 163
Art.334 : 113	Art.593 : 186, 190
Art.340 : 55	Art.601 : 188
Art.361 : 107	Art.613 : 188
Art.367 : 106	Art.679 : 229

7) Autres législations

a) Belgique

Loi du 27 juin 1960 sur le divorce (Mon. 9 juillet)

Loi du 14 juillet 1976 sur les régimes matrimoniaux: 132

Code de la nationalité belge, loi du 28 juin 1960, Moniteur belge, 12 juillet 1984, p.10-095-10-43

Art.8 : 42

Loi du 31 mars 1987 sur la filiation, Moniteur belge, 27 mai 1987, p.8250: 82, 88

Art.335 : 88

b) France

Loi du 10/02/1942. D.A. 1942, 58

Art.10 : 84

Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, ajoutant au Code civil une section nouvelle intitulée "Du conflit des lois relatives à l'établissement de la filiation": 202

Loi du 23 décembre 1985 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs:

c) République Fédérale d'Allemagne

Loi d'introduction du BGB

Art.17 : 171

Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé:

78, 116, 118, 119, 165, 180, 181, 201, 210

Loi fondamentale: 116

d) Suisse

Loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé: 78, 79, 118,

165, 174, 176, 177, 180, 181, 200, 201, 210

B. INDEX DES DECISIONS CITEES

L'index, chronologique, est subdivisé selon les matières dans lesquelles les décisions sont citées.

1) Mariage

Appel, Elisabethville, 13 janvier 1934, RJCB, 1934, p.27: 102

1ère instance, Léopoldville, 12 juillet 1935, RJCB, 1940, p.105: 102

1ère instance, Boma, 30 septembre 1936, RJCB, 1936, p.191: 109

1ère instance, Elisabethville, 3 août 1931, RJCB, 1946, p.61: 103

Chefferie Buhunga-Ndara (Rwanda), 19 octobre 1946, n°1919, BJRU, 1954, n°23, p.771: 108

Chefferie Mvejuru (Rwanda), 9 juillet 1947, n°1482, BJRU, 1954, n°13, p.770: 108

Appel, Léopoldville, 14 août 1947, RJCB, 1948, p.56: 102

Appel, Léopoldville, 23 septembre 1947, RJCB, 1948, p.60: 102

Chefferie Busanza (Rwanda), 29 octobre 1948, n°1767, BJRU, 1954, n°13, p.745: 108

Chefferie Buyenzi (Rwanda), 25 mai 1949, n°1767, BJRU, 1954, p.717: 107

Chefferie Bushumba-Nyakare (Rwanda), 22 juillet 1949, BJRU, 1954, n°13, p.733: 107

Chefferie Bushumba-Nyakare (Rwanda), 8 juin 1950, BJRU, 1954, n°13, p.741: 107

Chefferie Bushumba-Nyakare (Rwanda), 10 août 1951, BJRU, 1954, n°13, p.731: 107

Appel, Elisabethville, 5 mai 1953, RJCB, 1953, p.194: 134

Chefferie Nyaruguru (Rwanda), 6 juin 1954, BJRU, 1954, n°13, p.787: 107

Appel, Elisabethville, 30 novembre 1954, RJCB, 1955, p.18: 127, 131, 134

Pq. Haut-Katanga, 12 août 1955, JTO, 1956, p.137; BJI, 1958, p.273: 111

Terr. Léopoldville, 13 septembre 1955, BJI, 1957, p.52: 111

Appel, Léopoldville, 5 mars 1957, RJC, 1957, p.291: 131

1ère instance, Urundi, 31 octobre 1961, RJRB, 1962, p.17: 109

1ère instance, Burundi, 17 avril 1963, RJRB, 1963, P.107: 127, 131

1ère instance, Burundi, 31 décembre 1963, RJDC, 1964, p.37: 103, 109

1ère instance, Burundi, 27 janvier 1965, RJCB, 1965, n°1, p.27: 108

1ère instance, Bujumbura, 16 avril 1969, R.C. 3019: 103

Appel, Kisangani, 2 juillet 1971, RJZ, 1972, p.146: 102

Appel, Bujumbura, 8 janvier 1980, R.C. 4755: 103

2) Union de fait

Mweshi/Songye: Centre Jadotville, n°1279, 12 juillet 1952, BTC, 1960, p.346: 148

Pq. Haut Lomami, 28 juin 1954, BJI, 1958, p.263; JTO, 1959, p.26: 150

Kinshasa, Terr. Léopoldville, n°5993/A.M., 23 février 1955, v. PAUWELS (J.M.), Répertoire de droit coutumier congolais, p.69: 151

Centre Kambove (Kiwewe), n°10, 15 janvier 1958, BTC, 1960, p.281: 150

1ère instance, Bujumbura, 21 mai 1965, RJAB, 1969, p.41: 148

1ère instance, Bujumbura, 27 janvier 1965, RJRB, p.27: 148

1ère instance, Bujumbura, 1er mars 1967, RJAB, 1969, p.41: 148

1ère instance, Bujumbura, 6 mars 1974, RJAB, R.C. 4026: 148

Appel, Kigali, 26 janvier 1977, N.C./N, R.G., Dirix, p.136: 148, 149, 151

1ère instance, Bujumbura, 22 mars 1978, R.C. 5548: 148

1ère instance, Bujumbura, 27 octobre 1978, R.C. 5823: 148

1ère instance, Bujumbura, 18 mai 1979, R.C. 5726: 148

1ère instance, Bujumbura, 22 mai 1979, R.C. 6029: 148

Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, RCF 272/82: 153

Grande instance, Bujumbura, 15 septembre 1982, RCA 1558: 153

Cour suprême de justice, chambre de cassation, Bujumbura, 28 avril 1983, R.C. 3861: 153

Grande instance, Bujumbura, 28 février 1986, RCA 1613: 153

3) Divorce

Appel, Elisabethville, 15 juin 1935, RJCB, 1953, p.141: 170

1ère instance, Costermansville, 20 novembre 1936, RJCB, 1941, p.70: 167

1ère instance, Costermansville, 28 septembre 1939, RJCB, 1942, p.71: 216

1ère instance, Ruanda-Urundi, 17 octobre 1940, RJCB, 1942, p.109: 167

1ère instance, Ruanda-Urundi, 17 juin 1944, RJCB, 1945, p.77: 167, 168

1ère instance, Elisabethville, 2 novembre 1944, RJCB, 1945, p.77: 167, 168

Appel, Elisabethville, 27 juillet 1946, RJCB, 1946, p.175: 170

Appel, Léopoldville, 8 juillet 1947, RJCB, 1948, p.13: 181

Appel, Elisabethville, 3 juillet 1948, RJCB, 1948, p.179: 170

1ère instance, Stanleyville, 11 août 1950, RJCB, 1951, p.76: 168, 169

Appel, Léopoldville, 17 octobre 1950, RJCB, 1951, p.58: 181

Appel, Ruanda-Urundi, 2 mars 1954, RJCB, 1954, p.204: 167, 181

Appel, Léopoldville, 11 mai 1954, RJCB, 1954, p.244: 170

Appel, Léopoldville, 23 août 1955, RJCB, 1955, p.431: 170

Appel, Elisabethville, 27 juin 1957, RJCB, 1957, p.380: 169

1ère instance, Elisabethville, 7 juillet 1959, RJCB, 1959: 168

1ère instance, Elisabethville, 6 octobre 1965, RJCB, 1966, p.145: 168, 169

1ère instance, Bujumbura, 21 juin 1972, R.C. 3395: 168

Appel, Kigali, 18 juin 1979, RJR, vol.IV, n°3, 1er juillet 1980, p.501: 162

Trib. de province, Bujumbura, 9 février 1981, RCP 94/90: 166

Grande instance, Bujumbura, 20 octobre 1981, R.C. 6095: 159, 160, 166, 168

Trib. de province, Bujumbura, 16 juin 1983, R.C. 446/83: 166

Appel, Bujumbura, 16 janvier 1985, RCA 1371: 166

Trib. de province, Bujumbura, 21 janvier 1985, RCF 577/83: 166

4) Séparation de corps

1ère instance , Stanleyville, 11 août 1950, RJCB, 1951 p.76: 169

Appel, Elisabethville, 27 juin 1957, RJCB, 1957, p.380: 169

1ère instance, Elisabethville, 6 octobre 1965, RJCB, 1966, p.145: 169

5) Filiation

a) Filiation biologique

Chefferie Rukoma, 23 février 1940, BRU, n°5, 1948, p.298: 189

1ère instance, Elisabethville, 31 octobre 1940, RJCB, 1942, p.151: 256

Appel, Léopoldville, 28 décembre 1943, RJCB, 1944, p.140: 194

Terr. Astrida, 9 janvier 1945, BRU, n°2, 1946, p.88: 188

Trib. du Mwami, 25 avril 1945, BRU, n°6, 1948, p.350: 188

Terr. Shangugu, 29 avril 1945, BRU, n°7, 1949, p.396: 188

Terr. Nyanza, 7 mai 1945, BRU, n°1, 1946, p.36: 188

Chefferie Nyaruguru, 24 mai 1945, Servir, n°2, 1946, p.93: 188, 189

Chefferie Bwishaza, 12 juin 1945, BRU, n°4, 1947, p.230: 188, 189

Chefferie Nyaruguru, 14 juillet 1945, Servir, n°6, 1945, p.312: 189

Chefferie Bwanacyambwe, 16 juin 1946, BJRU, n°2, 1946, p.93: 252

Chefferie Buhanga-Ndara, 19 octobre 1946, n°969, BJI, 1958, p.317: 204

1ère instance, Stanleyville, 28 février 1947, RJCB, 1947, p.197: 208

Chefferie Mvejuru, 10 avril 1947, n°1313, BJRU, 1954, n°13, p.765.: 204

Chefferie Busanza, 29 octobre 1948, n°1767, BJRU, 1954, n°13, p.745: 204,

Chefferie Nyaruguru, 12 novembre 1948, n°1706, BJRU, 1954, n°13, p.784: 204
 Chefferie Buhanga-Ndara, 26 mars 1949, n°147, BJRU, 1954, n°13, p.765: 204
 Chefferie Mvejuru, 26 octobre 1949, n°147, BJRU, 1954, n°13, p.765: 204,

206

Chefferie Buhanga-Ndara, 8 juin 1951, n°1217, BJRU, 1954, n°13, p.775: 206
 Appel, Ruanda-Urundi, 2 mars 1954, RJCB, 1954, p.204: 196
 Chefferie Busenyi, 10 mai 1954, BJRU, 1955, n°15, p.926: 204
 Appel, Ruanda-Urundi, 15 octobre 1957, RJCB, 1959, p.109: 206
 Appel, Ruanda-Urundi, 24 février 1959, RJAC, 1961, P.91: 206
 1ère instance, Urundi, 10 mai 1961, RJDC, 1961, p.139: 208
 Appel, Ruanda-Urundi, 19 septembre 1961, RJRB, 1961, n°6, p.198: 188
 1ère instance, Bujumbura, 7 avril 1965, RAJB, 1969, n°3, p.44: 204
 Appel, Bujumbura, 28 avril 1965, RJRB, 1966, p.34: 245
 Trib. de canton, Ngororero, 22 décembre 1977, RJR, 1981, vol.V, n°2, 1er
 avril 1981, p.282.283: 257

b) Filiation adoptive

Terr. Costermansville, 13 mars 1951, n°44, BJI, 1954, p.258: 215
 1ère instance, Elisabethville, 14 octobre 1952, RJCB, 1952, p.298: 282
 Trib. de province, Bujumbura, 3 mai 1982, R.C. 301/82: 217, 218, 220, 225,
 227

Trib. de province, Bujumbura, 18 janvier 1983, R.C. 339/82: 217, 220
 Trib. de province, Bujumbura, 30 mai 1986, R.C.F. 1069/86: 220

C. INDEX ONOMASTIQUE

Cet index reprend tous les noms d'auteurs et les noms de personnes cités dans le texte. Les chiffres renvoient à la page.

- A**
- ADLER, J.: 215, 221
 ALLOTT, A.N.: 36
 AMSELLE, J.L.: 12
 ANDERSON, J.N.D.: 36
 AURILLAC, M.: 8
- B**
- BASOMINGERA, A.: 23
 BATIFFOL, H.: 78, 87, 90, 120, 174, 181, 190, 202, 208, 222, 225
 BAYONA ba MEYA: 45, 77
 BELLON, R.: 137
 BETYNA: 152
 BIGANGARA, J.B.: 34, 114, 144, 159, 160
 BOUCKAERT, F.: 167
 BOUREL, P.: 47, 85
 BULENDU nde BWANYI: 75
 BUSHAYIJA, S.: 34, 108, 114, 159, 160, 187
- C**
- CHRETIEN, J.P.: 12
 COIPEL, M.: 102, 133, 192, 206
 CONAC, G.: 22, 25
- D**
- DE CLERCK, L.: 17, 32, 52, 107, 108, 110, 160
 DE LANNOY: 48
 DE LAUWERS: 48
 DEMAIN, B.: 142
 DE PAGE, H.: 93, 147
 DERRIKS, J.:
 DIBUNDA KABWINJI: 50, 56
 DIRIX, E.: 99, 148
 DROUINEAU, B.: 101
 DUFRENOY, P.: 35
 DUPUY, P.M.: 6
- F**
- FADLALLAH, I.: 80, 83, 202
 FRANCESKAKIS, P.: 6, 62, 63, 64, 65, 66, 111, 180
- G**
- GOHR, A.: 48, 49, 50
 GONIDEC, P.F.: 20
- H**
- HALEWIJCK: 48
 HERBOTS, J.M.: 58
 HEYSE, T.: 37, 48
- J**
- de BURLET, J.: 44, 52, 58, 60, 61, 70, 79, 80, 83, 97, 103, 104, 122, 166, 168, 169, 170, 181, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 206, 207, 214, 218, 220, 221
 JEANMART, N.: 142, 143, 145
 JULEMONT, V.: 170

K

KABANGE, C.: 37, 38, 39
 KAGAME, A.: 14
 KEGEL, G.: 63, 65, 76
 KAHOMBO MATEENE: 74
 KALALA ILUNGA: 76, 89
 KALONGO MBIKAYI: 23
 KEBE M'BAYE: 23
 KENGO wa DONDO: 98, 106, 114, 185
 186, 187, 188, 190, 191, 216,
 217
 KNOEPLER, F.: 65, 177
 KOMEZA, C:
 KOUASSIGAN, G.A.: 185

L

LABRUSSE, C.: 116
 LAGARDE, P.: 78, 87, 90, 91, 94
 120, 174, 181, 190, 202, 208,
 222, 225
 LAMY, E.: 102
 LENAERTS, K.: 38, 91, 155
 LIENARD-LIMY, M.: 167, 177
 LOBITSH, L.: 26, 31
 LOUSSOUARN, Y.: 85, 129
 LUCAS, H.J.: 79

M

MALAUURIE, P.: 84, 87
 MASSINON, R.: 26, 28, 29, 31, 73,
 88
 MAYER, P.: 222, 224, 225
 MELONE, T.: 215, 216
 MERLE, R.: 226, 228
 MPOZAGARA, G.: 137
 MULUMBA KACHY: 73, 74
 MWOROKHA: 12, 17, 18, 19
 M'BOKOLO: 12

N

NGANGO, F.: 34, 315
 NTAHOKAJA, J.B.:
 NTAHOMBAYE, P.: 73, 74, 76
 NTAMPAKA, C.: 99, 104, 108, 218,
 220, 221
 NZOHABONAYO, C.:

P

PAUWELS, J.M.: 37, 47, 48, 52, 53,
 56, 57, 58, 60, 81, 107, 108,
 110, 111, 148, 150, 151, 160,
 161, 163
 PERSON, Y.: 17
 PETILLON, L.: 47, 56, 57
 PINTENS, W.: 81

R

RAINER, F.: 171
 REYNJENS, F.: 23
 RIGAUX, F.: 68, 87, 93, 103, 120,
 126, 127, 131, 132, 133, 134,
 172, 174, 181, 190, 202, 203,
 204, 205, 206, 207, 208
 ROUHETTE, A.: 20, 22
 RUBBENS, A.: 57
 RUTAYISIRE, P.: 143, 144, 145, 150
 RUTEMBESA, F.: 19, 29

S

SALKIN: 48
 SARCEVIC, P.: 152, 154
 SCHATZEL, W.: 81, 85, 86
 SCHWEIZER, P.: 65, 177
 STURM, F.: 78, 80, 83, 116, 119,
 180
 SOHIER, A.: 28
 SOLUS, H.: 37, 38
 SZASZY, I: 48, 52
 SONNENBERGER, H.J.: 119

T

TEMPELS, P.: 216
 TOPOR, L.: 195, 208

V

VANDER ELST, R.: 81, 167, 172,
 195, 202, 208, 211
 van HECKE, G.: 63, 64, 65, 81,
 82, 83
 VAN LOOK, M.: 41
 VAN HOUTTE, J.: 23
 VANSINA, J.: 74, 75
 VERDIER, R.: 21
 VERSTRAETE, M.: 37, 50, 60, 61,
 70, 93, 102, 167, 186, 187,
 190, 191, 192, 193, 194,
 195, 197, 206, 214, 218,
 219, 220, 221, 224, 235
 VERWILGHEN, M.: 41, 42, 43, 45,
 60, 222, 235, 236
 VIDAL, C.: 12
 von OVERBECK, A.: 85, 129, 177

W

WESER, M.: 167, 172, 195, 202,
 208, 211
 WIEDERKEHR, G.: 135

Z

ZUMBACH, P.: 216, 217

D. INDEX ALPHABETIQUE

Divorce

Admissibilité du -: 159 à 162, 164 à 167, 170 à 174

Causes du -: 159 à 162, 168, 174 à 177

Effets du -: 162 à 164, 169 à 170, 179 à 183

garde des enfants: 162 à 163, 179 à 180

obligation alimentaire: 163 à 164, 181 à 183

Domicile

Concept de -: 92

Définition du -: 3, 92

Détermination du -: 93

Facteur de rattachement: 71, 93

Identification des personnes: 70

Notion de -: 71, 92, 93

Filiation

Dot et -: 188, 189, 203 à 206

Etablissement de la -:

Effets de la -: 189, 194 à 197, 209 à 213

autorité parentale: 189, 194 à 195, 209, 210

obligation alimentaire: 196, 197, 211 à 213

Filiation adoptive: 214 à 230

admissibilité de l'adoption: 218, 222, 223

conception africaine de l'adoption: 215 à 217

conditions de fond de l'adoption: 220, 225 à 227

conditions de forme de l'adoption: 219, 223

effets de l'adoption: 220, 228 à 239

Filiation biologique: 184 à 213

filiation hors mariage: 192 à 194, 207 à 209

filiation résultant du mariage: 191, 202 à 207

Nationalité et -: 197 à 200

Mariage

Condition de fond du -: 97, 105 à 116

Condition de forme du -: 96, 98 à 104

Dot et -: 105 à 116

Effets patrimoniaux du -: 125 à 135

Effets personnels du -: 117 à 124

Egalité des époux dans le -: 115, 117, 118, 121, 124, 137

Liberté et droit au -: 112 à 116

Publications relatives au -: 97, 103, 104

Nationalité et -: 136 à 140

Nom

Attribution du -: 71 à 76

Changement de -: 84 à 87

Choix du -: 72 à 78, 82

Conception du -: 72 à 84, 90

détermination du -: 80 à 84

Filiation et -: 71, 80

Identification des personnes: 70, 73, 75, 78, 84

Mariage et -: 71, 80, 83

Protection du -: 71, 87 à 92

Transmissibilité du -: 72 à 78, 82

Usurpation du -: 88 à 91

Union de fait

Causes de l'-: 141 à 146

Dot et -: 143

Droit international privé et -: 153 à 157

Rapports patrimoniaux des concubins:

Systèmes juridiques africains et -: 146 à 153

TABLE DES MATIERES

	<u>PAGES</u>
<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE : GENERALITE</u>	7
<u>CHAPITRE I - LE CADRE PHYSIQUE HUMAIN</u>	10
<u>Section I : Aperçu géographique (*)</u>	12
§1. Données objectives	12
A. Le Burundi	12
B. Le Rwanda	13
C. Le Zaïre	13
§2. Bref Commentaire	14
<u>Section II : Aperçu historique</u>	15
§1. L'impact des sociétés traditionnelles sur la nature des systèmes juridiques	17
A. L'organisation politique: la raison d'un modèle juridique	17
B. L'organisation juridique	18

(*) Le Burundi, le Rwanda et le Zaïre font partie d'une organisation économique régionale dénommée "communauté économique des pays des Grands Lacs (C.E.P.G.L.)". D'où l'expression "*Pays des Grands Lacs*" pour désigner spécifiquement les trois Etats. L'expression ne recouvre pas ici l'aire géographique des Grands Lacs du centre Est et Est africain qui comprend d'autres Etats.

PAGES

§2. Evolution des droits coutumiers des personnes: influences coloniales et survivances coutumières	25
A. L'influence extérieure sur le conte- nu des droits coutumiers: l'action de l'administration belge	28
B. Le sort des droits coutumiers depuis l'indépendance	
<u>CHAPITRE II - LES REGLES GENERALES DE CONFLIT DE LOIS EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL</u>	42
<u>Section I : Les conflits internes</u>	44
§1. Les conflits entre droit écrit et droits traditionnels: un faux débat	46
A. La solution coloniale	47
B. La problématique actuelle	50
§2. Les conflits de coutumes: le cas du Zaïre	53
A. La problématique actuelle	53
B. La solution jurisprudentielle: application d'un <i>droit uniforme</i>	55
<u>Section II : Les conflits internationaux</u>	59
<u>Section III : Le procédé de la règle de rattachement comme méthode traditionnelle de solution des conflits de lois</u>	62

	<u>PAGES</u>
<u>DEUXIEME PARTIE : LES REGLES SPECIALES DE DROIT INTERNA-</u>	
<u>TIONNAL PRIVE DES PAYS DES GRANDS LACS</u>	
<u>EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL</u>	67
 <u>CHAPITRE I - L'IDENTIFICATION DES PERSONNES</u>	 70
 <u>Section I : Le nom</u>	
§1. Le nom dans les traditions des pays des Grands Lacs	72
§2. L'influence occidentale (*) sur le nom africain	76
§3. Nom africain et droit international privé	78
A. La détermination du nom	80
B. Changement et modification du nom	85
C. Protection internationale du nom	87
 <u>Section II : Le domicile</u>	 92
§1. Notion de domicile	92
§2. Le domicile comme facteur de rattachement	93
 <u>CHAPITRE II - LE MARIAGE</u>	 95
 <u>Section I : Etablissement du lien conjugal</u>	 96
§1. Les conditions de forme du mariage	98
§2. Les conditions de fond du mariage: la problématique	
de la dot matrimoniale en droit international privé	105
A. L'institution	105
 (*) De même que souvent nous employons les mots "Afrique" ou "Africain" pour désigner spécialement les trois pays, nous utilisons le terme "droit occidental" par simple commodité pour exprimer, en particulier, l'apport des droits français et belge dans les systèmes juridiques étudiés. Cette expression ne recouvre donc pas, dans le présent travail, la totalité du monde occidental tel que l'on l'entend habituellement.	

	<u>PAGES</u>
B. Impossible application distributive des lois nationales à la dot	109
C. Pour une application facultative de la loi personnelle à la convention dotale	112
<u>Section III : Les effets du mariage</u>	117
§1. Effets sur les rapports personnels des époux	117
§2. Effets patrimoniaux	125
A. Les époux établissent un contrat de mariage	125
1. Compétence de principe de la loi d'autonomie	125
2. Etendue de la loi d'autonomie	127
B. Les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage	133
§3. Effets quant à la nationalité de la femme mariée	136
A. Conditions d'acquisition de la nationalité dans le chef du mari	136
B. Conditions dans le chef de la femme mariée	138
<u>Section III : L'union de fait : théorie et réalité en droit international privé</u>	141
§1. Le phénomène social	142
§2. L'union de fait dans les systèmes juridiques des Etats des Grands Lacs	146
A. Effets civils de l'union libre: approche traditionnelle	147
1. Effets sur la personne des concubins	147
2. Effets sur les biens des partenaires de l'union	149
B. Tendances nouvelles dans l'approche de l'union de fait	151

	<u>PAGES</u>
§3. L'union de fait au regard du droit international privé	153
A. Problématique	153
B. Solutions de <i>lege ferenda</i>	154
1. L'union de fait est réglementée par les lois nationales des parties	155
2. L'union de fait non réglementée par les lois nationales des parties	156
 <u>CHAPITRE III - LE DIVORCE</u>	
<u>Section I : Le divorce dans les droits internes des pays des Grands Lacs</u>	158
§1. La condition du divorce	159
§2. Les effets du divorce	162
<u>Section II : Le divorce en droit international privé des pays des Grands Lacs</u>	165
§1. Les droit positif	165
A. Les conditions de divorce	165
1. L'admissibilité du divorce	165
2. Des causes du divorce	168
3. La séparation de corps	169
B. Les effets du divorce	169
§2. Perspective de <i>lege ferenda</i>	170
A. Les conditions du divorce	170
1. L'admissibilité du divorce	170
2. Des causes du divorce	174
3. La séparation de corps	177

	<u>PAGES</u>
B. Des effets du divorce	179
1. La garde des enfants	179
2. L'obligation alimentaire entre les divorcés	181
<u>CHAPITRE IV - LA FILIATION</u>	184
<u>Section I - La filiation biologique</u>	184
§1. Le concept de filiation dans les droits internes des pays des Grands Lacs	185 185
§2. La filiation biologique en droit international privé des pays des Grands Lacs	189
A. Le droit positif	190
1. Loi applicable à l'établissement de la filiation	190
a) Etablissement de la filiation résultant du mariage	192
b) Etablissement de la filiation hors mariage	192
1) Reconnaissance volontaire	192
1° Les conditions de fond	192
2° Les conditions de forme	193
2) Reconnaissance judiciaire	194
2. Loi applicable aux effets de la filiation	194
a) L'autorité parentale	194
b) L'obligation alimentaire	196
c) La transmission de la nationalité	197
1) Effet de la filiation résultant du mariage sur la nationalité	197

	<u>PAGES</u>
2) Effet de la filiation hors mariage sur la nationalité	201
B. Propositions de <i>lege ferenda</i>	201
1. Loi applicable à l'établissement de la filiation	201
a) Etablissement de la filiation résultant du mariage	203
b) Etablissement de la filiation hors mariage	207
1° Reconnaissance volontaire	207
2° Reconnaissance judiciaire	207
2. Loi applicable aux effets de la filiation	209
a) L'autorité parentale	209
b) L'obligation alimentaire	211
<u>Section II : La filiation adoptive</u>	214
§1. L'adoption en droit africain traditionnel et son évolution	215
§2. Conception africaine de l'adoption et droit international privé	217
A. Droit international privé positif	218
1. Admissibilité de l'adoption	218
2. Conditions de forme de l'adoption	219
3. Conditions de fond de l'adoption	220
4. Effets de l'adoption	220
B. Perspective de <i>lege ferenda</i>	222
1. Admissibilité de l'adoption	222
2. Conditions de forme de l'adoption	223
3. Conditions de fond de l'adoption	225

	<u>PAGES</u>
4. Effets de l'adoption	228
<u>CONCLUSION</u>	231
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	237
<u>INDEX</u>	273
A. Index des textes cités	274
B. Index des décisions citées	283
C. Index onomastique	289
C. Index alphabétique des matières	292
<u>TABLE DES MATIERES</u>	295